

THÈSE DE
PARIS.
1897.
N^o. 77.

M. Lemaire

DROIT ROMAIN
DU PRÉCAIRE

DROIT FRANÇAIS
DE L'EXERCICE
ET
DE LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE

PAR
Maurice LEMAIRE

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
Sera présenté et soutenu le Jeudi 16 Juin 1887 à 1 heure 1/2 du soir

Président : M. DESJARDINS.

Suffragants : { MM. GÉRARDIN, professeur
GLASSON, id.
MICHEL (Léon), agrégé

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur
les autres matières de l'enseignement.



PARIS
LIBRAIRIE DES FACULTÉS DE DROIT
162 rue St-Jacques, 162

—
1887

DROIT ROMAIN

ÉTUDE SUR LE PRÉCAIRE

Digeste, Liv. XLIII, Tit. 26

INTRODUCTION

« *Precarium est quod precibus petenti conceditur (tamdiu) quamdiu is qui concessit patitur* » (1).

Dans cette définition Ulpien appelle *precarium* l'objet même, qui sur les prières d'une personne, lui est concédé gratuitement en usage, tant qu'il plaît au concédant de le lui laisser (2). Mais d'une manière plus générale, on entend par *precarium*, en droit romain, la concession de l'usage d'une chose que le propriétaire accordait à une autre personne, gratuitement et par faveur, sur la prière de celle-ci le plus souvent, et sous la réserve de révoquer l'avantage concédé lorsqu'il le jugerait convenable (3).

Selon toutes probabilités, le mot *precarium* est dérivé

1. Ulpien. Loi 1 pr. De precario.

2. Ortolan. Explication historique des Institutes, II, p. 340.

3. Maynz. Cours de droit romain, I, p. 176.

de *prex*, prière; nous en pouvons trouver la preuve dans les textes où le concessionnaire est appelé : *qui preces adhibuit, qui precario rogavit*, et que, pour plus de simplicité on peut appeler *rogans*.

Quant au concédant, on le désigne sous le nom de *rogatus* (1). De cette définition, on peut conclure que les conditions substantielles du précaire en droit romain sont les suivantes :

1° Une personne adresse à une autre une prière pour avoir l'usage d'une chose.

2° La personne qui a reçu la prière, concède gratuitement la chose.

3° Le concédant conserve la faculté de retirer sa libéralité aussitôt qu'il lui plaira.

Le précaire nous apparaît donc comme un acte de libéralité assez voisin de la donation, les textes le qualifient de *species liberalitatis*, mais il s'en distingue par un trait essentiel, car il exclut toute idée d'aliénation (2). « *Et distat a donatione*, dit Ulpien, *eo quod qui donat, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere* (3) ». La libéralité consiste donc :

1° Dans l'abandon gratuit de toute l'utilité que l'usage de la chose peut procurer.

2° En ce que, le concédant pouvant à volonté mettre fin à une concession qu'il a faite, confère un avantage

1. Loi 1 pr. ; Loi 2 § 3 ; Loi 8 pr. Dig. h. t.

2. Accarias. — Précis de droit Romain, II, p. 418.

3. Loi 1 § 2. Dig. h. t.

par cela même qu'il n'use pas de ce droit de révocation; il donne tout ce qu'il ne reprend pas (1). Le précaire participe également à la nature du commodat, en ce que comme lui, il a lieu dans une intention bienveillante et généreuse envers le *rogans*, sans impliquer aucun transfert de propriété. « *Et est simile commodato, nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodatâ permittat* » (2).

Comme lui aussi, il se forme par la remise d'une chose corporelle mobilière ou immobilière, bien qu'on ait soutenu sans preuve bien certaine, quedansle principe, il ne pouvait avoir pour objet qu'un immeuble (3); mais il peut également (et on voit par là que son domaine est beaucoup plus large que celui du commodat), se former par la quasi-tradition d'un droit propre à faire l'objet d'une servitude prédiale ou personnelle (4). Commodat et précaire se ressemblent encore en ce que tous deux exigent la conservation de l'objet transmis et sa restitution *in specie*; mais sous de nombreux rapports de profondes et importantes différences les séparent :

1° Le commodat est un contrat synallagmatique imparfait, le commodataire est toujours obligé, le commodant quelquefois; dans le précaire le *rogans* seul est obligé, le *rogatus* ne peut l'être.

1. Bulling. Das precarium im römischen Recht.

2. Loi 1 par 3. Dig. h. t.

3. Accarias. Op. cit., p. 418. Loi 4 pr. Dig. h. t. Isidore de Séville. Orig. V. 25.

4. Accarias. Op. cit., II. p. 418. Loi 2, § 2; Loi 3; Loi 15 § 2 h. t.

2° La chose donnée en commodat est remise pour un temps et pour un but déterminés, elle ne doit être rendue que lorsque le temps est écoulé ou que le but pour lequel la chose a été prêtée est atteint ; au contraire, la chose concédée en précaire doit être restituée à la première réquisition de celui qui l'a donné *precario*. La convention expresse d'un terme dans le précaire serait nulle, ainsi que nous le dit Celsus : « *Cum precario aliquid datur, si convenit ut in calendas julias, precario possideat : nunquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur ? Sed nulla vis est hujus conventionis ut rem alienam domino invito, possidere liceat* (1) ».

Plusieurs auteurs modernes ont accepté cette opinion, mais M. de Vangerow l'a critiquée, en faisant observer que le terme n'est pas de l'essence du commodat, mais que ce qui en résulte bien plutôt, c'est la réciprocité d'obligations (2). Cependant, un commodat sans terme, n'est guère facile à concevoir au moins en pratique.

3° Le concessionnaire dans le précaire n'est tenu que de son dol ou de la *culpa lata* équivalente au dol, tandis que le commodataire, par application d'un principe spécial aux débiteurs qui ont un intérêt personnel dans le contrat, est responsable de la *culpa levis* appréciée *in abstracto* (3).

4° Le commodataire n'a que la simple détention de la

1. Celsus. Loi 12, Dig. h. t.

2. De Vangerow. Lehrbuch der Pandektenrechts. § 613.

3. Loi 23. De regul. juris. Dig. 50. 17. — Loi 8 § 3. Dig. h. t.

chose prêtée ; le *rogans* a la *possessio ad interdicta* et peut user des interdicts contre tout autre que le concédant à l'égard duquel il possède *vitiose* (1).

5° Le commodat est un contrat ; le précaire, au moins à l'origine, n'est qu'un simple pacte (2). Nous reviendrons sur chacune de ces particularités spéciales au précaire dans le cours de cette étude, où nous pourrons nous convaincre qu'il renferme un grand nombre de questions à résoudre.

Les difficultés que l'on rencontre et que l'on doit surmonter pour arriver à une solution satisfaisante, font du précaire une énigme dans le droit romain aussi bien par son existence même que par ses singularités. Pourquoi le précaire reste-t-il jusqu'à la fin de la période classique en dehors du droit civil, et n'est-il gouverné que par le droit naturel ? D'où vient entre le précaire et le pécule cette communauté de règles, gratuité, révocabilité, caractère personnel de la concession, plénitude de l'usage qu'elle confère, responsabilité tout exceptionnelle, exclusion de toute action civile ? Questions insolubles pour tous ceux, qui suivant la trace des jurisconsultes romains, cherchent dans des raisons de droit et d'équité l'explication de ces anomalies.

C'est à l'histoire qu'il faut demander la solution du problème. Mais quand il s'agit dit, M. Bethmann Holweg, « de remonter à l'origine d'une institution juridique (il

1. Loi 17. Dig. h. t.

2. Accarias. Op. cit. p. 419.

« ne faut pas entendre par là l'occasion externe de sa
« première apparition, occasion qui peut exercer une
« certaine influence sur les formes qu'elle adopte et la
« conserver même, après que la cause première en a
« complètement disparu, mais ne saurait nous révéler
« la nature intime de l'institution elle-même), on doit
« pour la découvrir, remonter à l'idée qui lui sert de fon-
« dement. Produit spontané du génie national, cette
« idée renferme un élément universel et un élément spé-
« cial ou positif; elle revêt des formes diverses en parcou-
« rant les diverses périodes du développement national,
« elle survit même à l'existence politique de la nation et
« se retrouve dans les législations postérieures en s'assi-
« milant plus au moins à leur caractère particulier (1) ».

C'est l'idée qui sert de fondement au précaire, que nous devons rechercher dans les origines historiques de cette institution, avant de songer à en indiquer les applications, la nature, la constitution et les effets.

C'est dans l'origine du précaire et la cause primitive qui lui a servi de fondement, que nous trouverons la raison d'être des particularités qui le caractérisent.

Nous avons ainsi une division naturelle de notre étude. Dans une première partie, nous rechercherons les origines historiques du précaire. Dans une deuxième partie nous étudierons sa nature, ses applications, ses modes

1. Bethmann Holweg. *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*, février 1838. Cité par Rudorff dans la 7^e édition du traité de la possession de Savigny. — Traduction Staedtler. Appendice 52.

de constitution et ses effets à l'époque classique. Pour étudier plus complètement ces divers points, cette seconde partie sera divisée en deux sections : dans l'une nous examinerons le précaire en lui-même, considéré comme pacte ou contrat, dans l'autre, nous essaierons de déterminer la possession qui en résulte. — Enfin dans un appendice, nous parlerons des précaires au moyen-âge et verrons s'il faut en chercher l'origine dans le droit romain et les y rattacher.

PREMIÈRE PARTIE

ORIGINE DU PRÉCAIRE.

Au milieu des divergences soulevées par l'absence de documents précis sur l'origine du précaire, il nous paraît naturel d'adopter le système qui rend le meilleur compte de la physionomie très singulière de cette institution ; et pour nous, c'est celui qui la rattache aux rapports spéciaux du patronat et de la clientèle.

Le premier soin de Romulus avait été d'établir une aristocratie dont la prépondérance devait se maintenir à travers les siècles ; Cicéron nous dit : *in regium consilium delegit principes* (1). Ce *consilium* prit le nom de sénat et ses membres furent appelés *patres* (2). Le législateur, pour établir un lien entre les patriciens et le reste de la population, voulut que chaque plébéien s'attachât à un *pater* et établît entre eux un contrat d'autorité et de protection d'une part, de dépendance et de service de l'autre (3). Telle est, croyons-nous, l'origine de la clientèle.

Cependant, avant de montrer le précaire dans les con-

1. Cicéron, De republica, II, 8.

2. Festus, V^o Patres.

3. Festus, V^o Patrocinia.

cessions de terrains faites par les patrons à leurs clients, nous croyons bon d'indiquer rapidement comment à l'origine, ces patrons eux-mêmes purent acquérir ces terres que l'on désigne sous le nom d'*ager publicus*.

Chez presque tous les peuples au début, la propriété naît de la conquête et non pas du travail ; aussi n'est-il pas rare de voir la propriété collective chez un peuple, précéder la propriété individuelle de chaque citoyen.

Pour les premiers Romains, le territoire, fruit de la conquête, aurait dû être commun, puisque tous avaient contribué à l'acquérir ; mais la nécessité d'assurer l'exploitation de ce domaine amena l'État à concéder la jouissance des terres qui le composaient à des particuliers, en se réservant toujours le droit de reprendre ce qu'il avait concédé. L'égalité, très probablement, avait dû présider au partage de ces terres ; quoiqu'il en ait été, nous allons voir que dès les premiers siècles de la République romaine la presque totalité de ces concessions primitives est concentrée entre les mains des familles patriennes.

Les Romains qui, dans les premiers temps surtout, étaient toujours les armes à la main, devinrent maîtres de vastes territoires, dont ils laissaient ordinairement une partie au peuple vaincu et retenant l'autre pour eux-mêmes. Cette seconde portion recevait différentes applications : certaines terres étaient vendues au profit du fisc, d'autres étaient concédées à des particuliers ; d'autres enfin (tant qu'une loi agraire ou une vente opé-

rée par les questeurs n'avait pas fait entrer le sol, en le délimitant, dans la classe des propriétés privées) restaient dans le domaine public et formaient ce que l'on désigne sous le nom d'*ager publicus*. Cet *ager publicus*, territoire immense que l'État ne pouvait exploiter lui-même, devint une source de richesses pour la classe patricienne qui en opéra une véritable usurpation. De bonne heure, cette classe, cherchant à dominer un peuple de bergers et d'agriculteurs, avait fait tous ses efforts pour acquérir la possession exclusive de l'*ager publicus*; elle y parvint assez rapidement, grâce à sa grande fortune, sans reculer cependant, devant la fraude et la violence. Les terres du domaine de l'État d'abord concédées moyennant redevance et pour une durée déterminée aux patriciens, finirent par rester entre leurs mains et leur appartenir en propre; on peut voir dans cet accaparement des terres de l'*ager publicus*, réduisant la plèbe à l'indigence, la cause principale des revendications énoncées dans les lois agraires.

Tibérius Graccus, de concert avec l'illustre jurisconsulte Mucius Scœvola, proposa de ne laisser à chaque propriétaire que 500 arpents de terre; son frère Caius, échoua comme lui dans les réformes proposées et tous deux périrent victimes des haines qu'avaient soulevées chez les patriciens leurs courageuses propositions.

Les patriciens détenteurs de l'*ager* furent désignés sous le nom de *possessores* et les terres par eux ainsi occupées reçurent le nom de *possessiones*. « *Possessiones appellan-*

tur, agri late patentes; quia non mancipatione, sed usu tenebantur et ut quisquam occupaverat, collidebat (1). » Le patricien *possessor*, ne pouvait être qu'un précariste; en droit le domaine de l'État était imprescriptible. Les *possessores*, nous dit Niebuhr, n'avaient que l'*usus*, la République avait le *fructus* et la propriété; la possession vis-à-vis de l'État ne créait pas un droit inviolable, mais une concession temporaire et de pure faveur, qu'il pouvait retirer quand bon lui semblait. A l'égard des tiers, cette possession produisait des effets équivalents à ceux que donne le droit de propriété lui-même et ce n'était pourtant pas là la véritable propriété ne pouvant résulter que de l'accomplissement de formalités solennelles et ayant été l'objet d'une organisation spéciale et rigoureuse qu'un simple fait matériel était impuissant à créer.

Il est difficile de douter de cette distinction entre cette possession et la propriété, elle nous est certifiée par les jurisconsultes, les *agrimensores*, par les orateurs, c'est ainsi que Cicéron nous dit dans son discours contre Rullus : « *Sunt multi agri lege Cornelia publicati, nec assignati neque venditi, qui a paucis possidentur. Hos privatos facit, hos Rullus non vobis assignare vult, sed eis condonare qui possident* (2). » Ailleurs il constate que les possesseurs menacés ne contestent pas le droit de la République. « *Illum agrum publicum esse fatentur; se moveri possessionibus negant oportere* (3). » Mais cette possession était-elle

1. Festus, V^o Possessiones. — Loi 113, De verb. signif. Dig. 50, 16.

2. Cicéron, Adv. Rullum.

3. Cicéron, De leg. agr. § 21 et 31.

au moins protégée contre les attaques des tiers ? Bien qu'aucun genre spécial de protection ne nous soit connu pour cette concession de l'*ager publicus* conférée à des particuliers, nous ne pouvons douter qu'elle n'ait été garantie. L'intérêt des détenteurs de l'*ager publicus*, fit transformer en fait légal le fait isolé de la jouissance sans titres et bien qu'il fut dépourvu de tout caractère légitime, on lui attribua des effets juridiques et on le fit respecter à l'égal d'un droit reconnu. A côté du droit rigoureux, fut organisé un droit tout d'équité. La *possessio* comme le *dominium* fut susceptible d'être transmise entre-vifs ou par succession et cette transmission fut réglée et garantie par le préteur, cette voix vivante des lois. On assura aux détenteurs de l'*ager publicus* par les interdits, les avantages d'une propriété, sinon légale, au moins effective. Ce n'est pas une simple conjecture car Festus nous dit dans un texte décisif que : « Le possesseur ne peut exercer les actions légitimes, et doit avoir recours aux interdits. » M. de Savigny, dans son ouvrage du *Traité de la possession*, adoptant l'opinion de Niebuhr, voit également l'origine de la *possessio* dans le mode d'exploitation de l'ancien *ager publicus*.

« Il faut remarquer avant tout, dit-il, que *possessio*,
« *possessor* et *possidere* étaient au témoignage d'un grand
« nombre de textes appartenant aux époques les plus
« diverses, les expressions consacrées pour désigner la
« possession et la jouissance de l'*ager publicus*. Cette
« similitude entre la terminologie consacrée en matière

« de possession et celle de l'*ager publicus*, ne saurait
« certes s'expliquer d'une manière plus simple et plus
« satisfaisante qu'en admettant l'identité originaire des
« deux objets (1). »

Pour M. de Savigny, le mot *possessio* désigne la jouissance de l'*ager publicus*, d'où il résulte qu'en dehors du droit strict de propriété *ex jure Quiritium*, il se produisait quelque chose d'analogue et d'équivalent en pratique, c'est-à-dire le droit positif et exclusif d'une personne à la jouissance et à l'usage d'une chose.

Cette manière d'expliquer la possession, sans être absolument démontrée, présente néanmoins le plus grand caractère de probabilité et va nous permettre de voir l'origine du précaire dont les sources se présentent à nous d'une manière si obscure.

Le précaire, qu'au début nous voyons entouré de tant de particularités, désigne la condition du client qui occupait, par pure faveur, la possession du patron ; par rapport à ce dernier, la possession du client n'était pas moins précaire que celle des premiers concessionnaires envers l'Etat. Les patriciens qui avaient obtenu de vastes concessions de l'*ager publicus* n'auraient pu en faire l'exploitation par eux-mêmes et par leurs esclaves : « *Nec tantum occupaverunt, quod colere potuissent, sed quantum in spe colendi reservare,* » dit Siculus Flaccus (2). Aussi, ces patriciens, ces *optimates*, pour se faire des créatures et

1. Savigny, Op. cit., p. 172, note 1.

2. Siculus Flaccus. De condit. agr.

maintenir leur prépondérance, avaient-ils l'habitude d'abandonner aux clients; sur leur prière, *precario*, une partie des possessions prises dans le domaine public, et dont l'Etat se réservait toujours le *dominium ex jure Quiritium*. Ils pouvaient ainsi, selon l'énergique expression de Gaïus : « *Ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi acquirere* (1), » et cela, sans perdre le fruit de leur usurpation.

De ces concessions de terres faites par les patriciens à leurs clients on fait dériver le mot *Patres* : « *Patres senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus, perinde ac liberis propriis* (2) ». « Pour celui « qui avait beaucoup de terres et peu de bras, dit « M. Ihering (3), ce pouvait être une affaire avantageuse « de s'attacher des clients par l'abandon gratuit de petites parcelles de terrain, afin d'augmenter ainsi ses « moyens de production. Cette concession de terrain « était un moyen très efficace d'intéresser le client au « maintien du rapport de clientèle; elle devait dès lors « devenir d'un usage général. »

Il faut également songer aux relations qui unissaient le client au patron patricien, qui faisaient de lui comme un enfant vis-à-vis de son père, selon l'expression de Festus, et qui permettaient à Aulu-Gelle de dire : « *Pa-*

1. Gaïus. Loi 54 § 1. De furtis. Dig. 47. 2.

2. Festus. V^o Patres.

3. Ihering. L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement. Traduction Meulenaere. 1. p. 240.

trem primum, postea patronum proximum nomen habere (1). »
Virgile, dans son enfer, soumet au même supplice celui qui a frappé son père et celui qui a fait fraude à son client :

« *Pulsatusve parens et fraus innexa clienti* (2). »

« De tout temps, dit M. Garsonnet (3), les grandes
« familles patriciennes donnaient à leurs clients des par-
« celles de l'*ager publicus* qu'elles possédaient. Ces con-
« cessions essentiellement distinctes des *possessions*,
« étaient révocables à volonté comme le pécule dont le
« *paterfamilias* permettait la jouissance à ses enfants et
« impliquait chez celui qui le recevait un état de dépen-
« dance et de vassalité.

« Telle fut la condition de ce Salonius qui donna sa
« fille à Caton (4) ; les lois liciniennes recommandaient
« l'usage de cette clientèle rustique en prescrivant aux
« grands propriétaires d'entretenir sur leurs terres un
« certain nombre de clients libres (5).

« De même qu'on a cherché dans les *possessions* de
« l'*ager publicus*, l'origine du droit de possession, de
« même on a rattaché (6) à ces concessions de patrons à
« clients l'origine du précaire et des particularités qui

1. Aulu-Gelle. Liv. V. Ch. 13.

2. Virgile. *Enéide*. Liv. 6. vers 609.

3. Garsonnet. Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée, p. 118 et notes.

4. Niebuhr. Hist. romaine, III, p. 199.

5. Appien. De bello civili, p. 287.

6. Laboulaye. Hist. de la prop. en Occident, p. 77.

« distinguaient primitivement cette convention, son ap-
« plication restreinte aux immeubles et sa durée via-
« gère (1). Quelle que soit la valeur de cette hypothèse,
« la substitution des esclaves aux travailleurs libres dût
« faire disparaître promptement l'ancienne clientèle des
« possesseurs précaires ; il est certain que le précaire du
« droit classique a un autre sens et des caractères très
« différents. Il n'a plus trait à la possession de l'*ager pu-*
« *blicus*, mais aux rapports du vendeur et de son ache-
« teur (2) du créancier gagiste et de son débiteur (3), du
« propriétaire et de son fermier (4) ; il s'applique aux
« meubles et se transmet aux héritiers du préca-
« riste (5). »

On le retrouvera dans le droit germanique avec une signification nouvelle ; cette opinion a été récemment soutenue en Allemagne par Meischeider (6).

« En admettant, dit M. Accarias (7), ce qui est une
« conjecture très vraisemblable, que ces concessions,
« quel qu'en fut le nom, contiennent l'origine du pré-
« caire, une vive lumière jaillit du rapprochement entre
« cette institution et le pécule. Nous voyons pourquoi le
« précaire comprend l'usage entier de la chose, pour-
« quoi il est par essence gratuit, révocable, personnel

1. Loi 12 § 1. De prec. h. t. — Paul. Sent. V. 6. § 12.

2. Loi 13 § 21. De act. empt. et vend. Dig. 19. 1. — Loi 20 h. t.

3. Loi 6 § 4. Dig. h. t.

4. Loi 10 pr. et § 1. De acq. poss. Dig. 41. 2.

5. Loi 8 § 8. De prec. h. t.

6. Meischeider. Besitz und Besitz Schutz.

7. Accarias. Op. cit. II, p. 420.

« au concessionnaire, pourquoi aussi il exclut la responsabilité des fautes et ne donne naissance à aucune action ; c'est que tous ces caractères se retrouvent dans le pécule. » Si nous voyons la concession précaire produire quelques effets de plus que le pécule, c'est seulement parce que le précariste n'est pas sous la puissance du concédant. M. Didier-Pailhé émet sur cette importante question une opinion analogue à celle que nous venons d'exposer. En reconnaissant qu'il existe entre les patrons et les clients une espèce de lien de famille analogue à celui qui unit le père à ses enfants, on conçoit facilement l'explication que donne M. Accarias. On dira peut-être que le fils de famille ne possède pas son pécule et qu'il n'est pas plus soumis à un interdit qu'à une action ; cela est vrai, mais s'explique par les règles spéciales qui régissent la puissance paternelle.

Le précaire ne disparut pas complètement avec l'*ager publicus* ; mais organisé à l'origine pour un but déterminé et particulier, il fut, ainsi que nous venons de le dire, étendu à d'autres fins qui n'auraient pas suffi à en provoquer l'introduction, et à l'époque de la disparition de l'*ager publicus*, cette extension fut tout ce qui resta de l'institution primitive. Le précaire, institution bizarre, se perpétua à travers les siècles avec une originalité persistante ; ses applications variées tout en subissant les transformations successives que le développement de la science du droit comporte et justifie, se maintinrent assez bien.

Sans vouloir ici discuter l'assertion de Savigny énoncée au début de ce chapitre, assertion qui a été vivement combattue et qu'il est plus facile de défendre que d'attaquer, puisqu'elle a pour elle l'assentiment de la majorité des auteurs, nous devons cependant dire qu'elle a soulevée des critiques nombreuses et que ses contradicteurs les plus acharnés se sont trouvés en Allemagne.

Il est certain tout d'abord, que les objections multiples qu'on a faites à Niebuhr et à Savigny à propos de leur théorie sur l'origine de la possession, doivent atteindre celle du précaire, puisque toutes les deux sont liées ensemble. Mais nous sortirions du plan de cette modeste étude en faisant une critique générale de la théorie de la *possessio*, nous nous bornerons donc à mentionner les observations qui se rapportent plus directement au précaire.

1° La phrase de Festus, à laquelle on donne une si grande importance, nous présente du mot *patres* une origine historique considérée comme tout à fait erronée (1). Il est donc imprudent de tirer d'une phrase qui contient une pareille inexactitude des conclusions absolues sur l'origine de l'institution que nous étudions. De plus, l'expression *tenuioribus*, que l'on rencontre dans ce texte, est si vague que l'on ne peut s'entendre sur le sens qu'il faut lui attribuer ; tandis que Niebuhr prétend y reconnaître les clients, d'autres interprètes (2) n'y ont trouvé que la simple indication des plébéiens.

1. Vittorio Scialoja, *Sopra il precarium*, p. 6.

2. Poggi, *Storici delle leggi sull'agricoltura*.

2° Pour pouvoir accepter l'explication de M. de Savigny, il faudrait être certain que les fonds immobiliers furent seuls, dans l'origine, l'objet des concessions en précaire. Or, pour soutenir cette opinion, il faut invoquer un texte peu probant : « *Precarium est, dum prece creditor rogatus permittit debitorem in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere. Et dictum precarium quia prece aditur : quasi precadium, r pro d litterâ commutâtâ* » (1). Il faut remarquer aussi que l'interdit de *precario* dont Ulpien nous a transmis la formule, renferme l'expression indéterminée « *quod precario ab illo habes* » (2), et non « *quem fundum* » « *quas ædes.* » Ulpien affirme que *in rebus mobilibus etiam precarii rogatio constitit* » (3).

3° Il est certain que le patron et le client ne pouvaient avoir entre eux une discussion judiciaire : aucune action en justice n'était admise entre eux. Le souvenir de cette règle s'est conservé longtemps dans le droit romain ; il en est resté le principe, que l'affranchi ne peut appeler son patron *in jus*, sans l'autorisation du préteur (4).

A ces arguments qui, nous le croyons, ont le défaut de ne pas s'appuyer sur des bases bien solides, nous pouvons ajouter celui sur lequel s'appuie une des opinions contraires, opinion qui ne consiste à voir dans notre ins-

1. Isidore de Séville, *Originum sive etymol.* XX libri, V. 25.

2. Loi 2, pr. Dig. h. t.

3. Loi 4, Dig. h. t.

4. *Institutes*, IV, 6, § 12.

titution que le moyen primitif de constituer au profit d'un créancier une sûreté réelle et cela à l'aide d'une certaine combinaison du *precarium* avec le *pactum fiduciæ*, mais c'est là trop manifestement confondre l'origine du précaire avec ses applications.

Francke (1), cherchant à se rendre compte des nombreuses singularités du précaire, a cru que c'était aux mœurs, aux habitudes des anciens Romains qu'il en fallait demander l'explication ; or l'un des traits principaux du caractère romain, dit-il, c'était l'économie, *parcimonia* ; c'est elle qui motiva certaines institutions (la loi *Cencia*), certains usages (*codices accepti et expensi*) ; c'est aussi cette vertu d'économie qui contribua à donner au précaire cette physionomie particulière qui en fait une des créations les plus originales de la législation romaine. Dans une savante monographie, un auteur Italien, Scialoja, cherchant à déterminer les origines véritables du précaire et s'élevant contre Savigny, prétend qu'il convient d'observer à ce sujet les termes de la loi 1 § 1 de *precario* : « *Quod genus liberalitatis ex jure gentium descendit.* » Cette origine du précaire est plutôt générique et rationnelle que positive et historique ; aucun autre indice ne se retrouve à cet égard dans les textes du droit romain. On peut dire, ajoute Scialoja, qu'en outre des vrais motifs de libéralité et de bons offices, d'autres circonstances pouvaient favoriser l'extension du précaire, comme, par

1. Francke, Beitræge. etc., p. 23 et 24.

exemple, le besoin social d'être utile et dans un certain temps de tenir comme sujettes certaines classes de personnes ; la nécessité d'éviter des troubles politiques, l'urgence de tempérer d'une manière équitable des rapports juridiques trop rigoureux. Il poursuit son idée en disant que dans un but politique et social, on vit l'Etat concéder quelquefois des biens publics en précaire ; que les occupations et usurpations qui se produisirent prirent le caractère de précaire lorsque l'empereur, qui faisait l'assignation des parties de l'*ager publicus* ou qui s'en emparaient ou qui en ordonnait la vente, *miseratione commotus*, craignant les conséquences politiques d'une forte perturbation économique, suspendit dans la suite l'accaparement de l'*ager publicus* aux prières des populations. De cette époque jusqu'aux donations de Domitien, on a le véritable précaire ; il est facile de supposer que des faits semblables sont advenus à l'occasion des lois agraires, et que par leur influence les concessions précaires de l'Etat ont été nombreuses.

De toutes les considérations que fait valoir cet auteur italien, il nous semble qu'on pourrait conclure, que l'origine unique et véritable de l'institution du précaire, a été déterminée, non pas tant par toutes les circonstances historiques qu'il rapporte, que par l'urgence de tempérer équitablement des rapports juridiques trop violents ; cette façon de voir se concilie précisément avec les termes de la loi 1 § 1, *de prec.*, c'est-à-dire que le précaire dérive du droit des gens, de ce droit qui se manifeste aux hommes par la voie de la droite raison.

Quoiqu'il en soit, tous les arguments que nous venons d'énumérer succinctement contre la doctrine de Savigny, nous paraissent insuffisants pour la rejeter, et le dernier présenté nous confirme même dans notre opinion. Le précaire, dit Ulpien, est une institution du droit des gens ; cela veut dire qu'il a été pratiqué partout, les Romains l'ont rencontré dans tous les pays qu'ils annexaient à leur empire, en Grèce, en Gaule, en Afrique (1).

Le précaire se retrouve à l'origine de toutes les sociétés antiques, et une pareille institution ne peut naître que chez des peuples où la propriété territoriale est l'apanage de l'aristocratie.

« De pareils rapports se produisent, dit Mommsen (2) « en parlant de la clientèle, quand certaines classes de la « société ne sont pas assez protégées, sinon en droit, du « moins en fait. » Des concessions analogues au précaire romain, concessions révocables, existent encore de nos jours en Grèce (3), en Allemagne, en Angleterre (4). Nous ne pouvons mieux faire pour terminer ce chapitre que d'emprunter à M. Ihering son opinion sur le précaire antique.

« On appelait *precarium*, dit ce savant auteur, tout ce « que le patron concédait à son client pour son usage et

1. Dareste, Journal des Savants, sept. 1886.

2. Mommsen, Clientèle romaine, page 361.

3. Hermann, Cours d'antiquités grecques, I, § 19.

4. Gundermann, Droit privé anglais, I, p. 286.

« à sa prière ; très souvent c'était un fonds de terre, mais
« les concessions d'habitation devaient être aussi fré-
« quentes. La révocation à volonté de ces concessions
« était sous entendue par le rapport même dans lequel
« se trouvaient les parties l'une vis-à-vis de l'autre ; elle
« n'avait nul besoin d'être stipulée expressément et toute
« renonciation à cette faculté devait être complètement
« inefficace en droit. De part et d'autre une obligation
« civile est inadmissible. Le patron ne pouvait s'obliger
« à laisser la chose pendant un certain temps au client
« et celui-ci ne pouvait pas d'avantage s'obliger à la ren-
« dre ; si le patron voulait la ravoir, il la reprenait. Le
« client pouvait se défendre vis-à-vis des tiers ; vis-à-vis
« du patron cela lui était interdit, même lorsque ce der-
« nier réclamait la restitution de la chose avant l'expi-
« ration du temps pour lequel il en avait accordé l'usage.
« Lorsque le *precarium* se détacha de sa relation origi-
« naire avec la clientèle et vint en usage même entre
« citoyens romains, il n'en conserva pas moins son aspect
« et ne prit aucun caractère obligatoire, de sorte que le
« concédant n'était point lié par sa promesse de laisser
« la chose au concessionnaire pendant un certain temps
« et que celui-ci, ne pouvait être forcé à titre d'obliga-
« tion de la restituer.

« Conclure un *precarium* entre citoyens romains n'était
« autre chose que de se mettre dans la position d'un pa-
« tron et d'un client. Attribuer aux conventions des par-
« ties sur le mode et l'époque de la restitution un effet

« obligatoire aurait été en même temps conclure et ne
« pas conclure un précaire. Le *precarium* et la possibilité
« d'un rapport juridique obligatoire entre les deux par-
« ties étaient en principe absolument contradictoires et
« il fallait bien des siècles pour altérer le caractère du
« *precarium*, au point que l'on ne trouvait plus de diffi-
« cultés à lui appliquer la théorie des contrats innom-
« més » (1). Nous allons maintenant passer à l'examen
du précaire en dehors de son domaine primitif; nous
nous efforcerons de le faire voir sous toutes ses faces et
d'en montrer le fonctionnement.

1. Ihering, Op. cit., p. 241 et suiv.

DEUXIÈME PARTIE

DU PRÉCAIRE DANS LE DROIT CLASSIQUE

SECTION I

CHAPITRE PREMIER

Nature du précaire.

La première question qui se présente, consiste à déterminer la nature du précaire, à savoir dans quelle catégorie d'actes il doit être classé. Certains auteurs l'ont placé parmi les contrats nommés, d'autres parmi les contrats innommés ; certains l'ont défini un quasi-contrat, quelques-uns un pacte prétorien, d'autres enfin un simple acte, une *species liberalitatis*.

Quant à nous, nous pensons qu'on ne peut prendre parti, sans tenir compte des transformations successives subies par cette institution, qui, nous le croyons, dans le dernier état du droit, est rangée au nombre des contrats. Une loi d'Ulpien semble au premier abord donner raison aux auteurs qui prétendent que le *precarium* est un contrat, car ce jurisconsulte le compte au nombre de ces conventions : « *Contractus quidam dolum malum duntaxat recipiunt ; quidam et dolum et culpam ; dolum tantum deposi-*

tum et precarium (1) ». On le voit, la classification est formelle, le précaire figure à côté du dépôt et sur la même ligne ; de plus, nous savons que tout contrat est garanti par une action ; ici, cette action existe, c'est l'*actio præscriptis verbis* qui est accordée conjointement avec l'interdit : *Quum quid preccario rogatum est*, dit Ulpien, *non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam præscriptis verbis actione, quæ ex bonâ fide oritur* (2) ». De même encore, Paul nous dit dans ses sentences (3) qu'une action est attachée au précaire aussi bien qu'au commodat, car personne ne doit subir un préjudice à l'occasion d'un acte qui a été de sa part un véritable bienfait à l'égard d'une autre personne. Julien ne s'exprime pas d'une façon moins catégorique : « *Quum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti conductione, (id est), præscriptis verbis* (4) ». Ce sont là, il faut l'avouer, des témoignages positifs ; on peut cependant les combattre par des textes et en s'appuyant sur des motifs qui à première vue semblent aussi décisifs pour conclure que le *precarium* n'est pas un contrat, que les premiers textes cités nous ont paru favorables à le considérer comme tel.

Nous trouvons tout d'abord un fragment de Paul où il est uniquement question pour sanctionner le précaire de l'interdit de *precario* : « *Interdictum de precariis merito in-*

1. Loi 23 De reg. juris. Dig. 50. 17.

2. Loi 2 § 2 h. t.

3. Paul. Sect. V. 4 § 10.

4. Loi 19 § 2 h. t.

troductum est, quia nulla eo nomine juris civilis actio esset ; magis enim ad donationes et beneficii causam quam ad negotii contracti spectat precarii rogatio (1) ». Paul nous apprend que le précaire se rapprochant bien plus d'une donation que d'un contrat, n'était muni que d'un interdit, sans pouvoir donner naissance à aucune action de droit civil. Or chacun sait que la procédure des interdits est essentiellement différente de celle des actions, puisque dans les interdits, il n'y a pas d'action immédiate de l'une des parties contre l'autre pour faire valoir en jugement un droit déjà établi et sanctionné dans une loi. Il faut l'intervention du préteur, qui en vertu de son pouvoir de dire le droit, pouvoir fondé sur l'équité naturelle, émet un ordre auquel doivent obtempérer les parties (2). Cet ordre crée le droit sur lequel doit s'agiter la discussion dans le jugement d'une semblable procédure, il résulte bien que dans le cas où le préteur a émis un interdit, il n'existait pas un rapport de droit véritable, mais simplement un fait, qui en raison de l'équité doit recevoir une solution déterminée. En appliquant ce raisonnement à notre cas, nous devons conclure en présence de l'interdit, que le précaire ne pouvait être considéré comme un contrat.

M. de Savigny avait déjà déclaré que le précaire n'est nullement considéré comme un contrat. La loi 23 *de regulis juris*, nomme le précaire un contrat, c'est vrai ; mais

1. Loi 14 h. t.

2. Gaius IV. 132.

il est évident que ce mot désigne dans cette loi, toute cause quelconque donnant lieu à une obligation, puisque la tutelle et la *negotiorum gestio* y sont également comprises. Pour ce qui est de l'*actio præscriptis verbis* qui fut plus tard ajoutée à l'interdit, il ne faut, suivant M. de Savigny (1), la considérer que comme une forme de procédure n'ayant d'importance que pour la pratique du droit et ne pouvant modifier en rien la nature même de l'obligation. Nous venons d'opposer la loi 23 *de regulis juris* à la loi 14 *de precario*, pour faire voir que, de même que, dans la première on peut regarder le précaire comme un contrat, de même, d'après la seconde, on ne pourrait le ranger au nombre de ces conventions.

Mais laissons de côté la rigueur des textes pour voir s'il n'y aurait pas moyen de les concilier ; cherchons d'abord s'il y a une explication possible de la contradiction signalée entre le texte de Paul et celui d'Ulpien. Aux yeux du premier, le précaire est une sorte de libéralité, ce n'est point un *negotium contractum* ; pour le second, au contraire, il faut le ranger parmi les contrats qu'il classe au point de vue de la responsabilité des fautes. Peut-on mettre d'accord ces deux textes ? Nous le pensons et la conciliation peut être tentée à notre avis en considérant le développement historique du précaire. La concession précaire avait pour effet d'attribuer, sauf convention contraire, la possession d'une chose à celui qui avait obtenu

1. Savigny, Op. cit., § 42.

le précaire, au *rogans* ; mais, étant de pure faveur, elle ne créait entre les parties, aucun lien civilement obligatoire. Aussi quand la restitution de la chose concédée n'avait pas lieu sur la demande du concédant, du *rogatus*, aucune action ne lui était accordée pour contraindre le concessionnaire infidèle. Ceci montre bien l'origine du précaire telle que nous l'avons indiquée ; aucun lien juridique n'étant possible entre patrons et clients, aucune action ne leur était reconnue.

Mais si la sanction civile fait défaut, le concédant peut invoquer la garantie prétorienne, car il suffit qu'il se présente une violation scandaleuse d'un devoir d'équité pour que le préteur intervienne.

Celui-ci, se basant sur un principe d'équité, ordonne au *rogans* de restituer la possession à lui confiée ; le *rogatus* bénéficie de l'interdit *de precario* à l'effet de recouvrer sa chose dont il n'avait plus la possession à cause d'un véritable abus de confiance (1).

Avec le temps, le progrès dans les esprits et le désir de donner une sanction à une foule de combinaisons juridiques nouvelles non prévues par le droit civil, amenèrent Labéon et son école novatrice à créer une action *præscriptis verbis* destinée à confirmer les *negotia* qu'on ne pouvait ranger parmi les véritables contrats et d'où ce-

1. Il est tellement vrai que cet interdit fut créé pour combler une lacune, qu'on le refusait au concédant qui avait pris soin de stipuler la restitution et de s'assurer ainsi la protection du droit civil. Accarias, II, p. 419, note 1.

pendant découlait une action de bonne foi. Le précaire, tout empreint de cette *naturalis æquitas*, devait donc en premier lieu attirer l'attention ; aussi ne tarda-t-on pas à le fortifier par l'action *præscriptis verbis*. D'ailleurs sa ressemblance avec le commodat, *negotium civile bonæ fidei*, devrait infailliblement amener ce résultat. Introduite par les jurisconsultes, l'*actio præscriptis verbis* reçut l'épithète de *civilis* pour montrer qu'elle n'était pas due à l'initiative du prêteur. Dans le principe donc, il paraît évident que le précaire ne put recevoir la qualification de contrat ; mais, suivant l'opinion de M. Accarias (1), « le jour où l'on accorda au concédant l'*actio præscriptis verbis*, c'est qu'on ne voyait plus aucune différence entre l'exécution du simple pacte *de precario* et l'exécution d'un contrat synallagmatique reconnu par le droit civil. Du jour où cette action pût s'appliquer au précaire, nul doute qu'on ne le rangeât au nombre des contrats innommés ; de simple pacte qu'il était au début, il est devenu contrat. » Persuadé que nous sommes, que dans la suite, le précaire est devenu contrat, refutons une opinion de M. de Savigny (2) qui semble ranger le *precarium* dans la classe des *negotia do ut des*. — Nous savons que le précaire participe jusqu'à un certain point de la nature de la donation mais qu'il en diffère cependant en ce que : « *qui donat, sic dat quasi tunc recepturus cum sibi libuerit precarium solvere* ». Or il y a bien ici remise d'une

1. Voir Accarias, Théorie des contrats innommés, p. 52.

2. Voir Savigny, Op. cit., § 42.

chose et promesse de la restituer ; mais on ne peut assimiler cette remise à une *datio* puisqu'elle est impuissante à transférer la propriété. La remise de la chose concédée en précaire constitue un *factum* ; la restitution *ad nutum* au *rogatus* constitue également un *factum*, ce qui nous porte à voir dans le *precarium* un contrat innommé de la classe *facio ut facias*.

Nous avons dit, il y a un instant, que le précaire, simple pacte à l'origine, avait été par la suite rangé au nombre des contrats ; c'est ainsi qu'on peut à notre avis expliquer historiquement l'apparente contradiction de la loi 14 *de precario* dans laquelle Paul fait allusion à l'ancien droit et la loi 23 *de reg. juris* dans laquelle Ulpien nous fait connaître la théorie admise à son époque. La jurisprudence avait reconnu aux rapports qui naissaient du précaire un effet civilement obligatoire sanctionné par l'*actio præscriptis verbis*. L'interdit n'en continua pas moins de subsister et l'on peut expliquer ainsi la coexistence de ces deux moyens d'action : c'est que l'interdit était donné plutôt en vue de la restitution, de la reprise de la chose donnée en précaire que pour confirmer le *precarium* considéré en lui-même, et que au contraire l'*actio præscriptis verbis* avait été introduite pour sanctionner les rapports contractuels des parties. La divergence entre les lois 14 et 23 signalées ci-dessus s'explique par le fait que les deux jurisconsultes dont émanent les textes, faisaient allusion à des époques différentes. Ce qui le prouve encore, c'est que Paul dans ses Sentences nous dit : « Red-

dito interdicto, actio quanquam proponatur ex eo, ut quis, quod precario habet, restituat; tamen et civilis actio hujus rei, sicut commodati competit (1) ». Il ne faut pas conclure de ce texte de Paul, que ce jurisconsulte est en contradiction avec lui-même, parce que dans la loi 14 à notre titre, nous l'avons vu approuver l'introduction de l'interdit *de precario* suppléant au manque d'action dans le *precarium* et qu'ici il en reconnaît formellement une civile. Cujas nous dit à ce propos : « *Paulus de jure novo loquitur; illæ leges de veteri* (2) ». Ici les mots de Cujas, *jure novo*, font allusion au texte des sentences et les mots *illæ leges* à la loi 14 *de precario*. Ailleurs ce savant ajoute : « *Hodie est simile commodato et numeratur inter contractus ab Ulpiano in L. 23 de R. juris. Olim fuit simile donationi.* » il prend donc soin de dissiper tout doute à cet égard et cela en admettant la transformation historique du précaire.

Deux textes sembleraient encore donner gain de cause à l'opinion qui se refuse à compter le *precarium* au nombre des contrats ; ce sont les lois 22 § 1 *de precario* et 14 § 11 *de furtis*. M. de Savigny, dont le système consiste à ne reconnaître à aucune époque un contrat dans le précaire, s'appuie sur ces deux fragments que voici : « *Si pupillus sine tutoris auctoritate, precario rogaverit, Labeo ait habere eum precariam possessionem et hoc interdicto teneri: nam quo magis possideretur, nullum locum esse tutoris auc-*

1. Paul. Sent. v. 6, § 16.

2. Cujas. Opera, X, p. 348.

toritati, recteque dici, quod precario habes; quia quod possideat ex ea causa possideat ex qua rogaverit, nihilque novi per prætorem constituendum; quoniam sive habeat rem, officio judicis teneretur, sive non habeat, non teneatur » (1). Vénuléius rapporte ici l'opinion proposée par Labéon qui décide que, si un pupille sans l'*auctoritas* de son tuteur, demande quelque chose en précaire, la *precaria possessio* lui appartient et que par conséquent, il est soumis à l'interdit. Voici comment l'on peut raisonner : le pupille ne peut s'engager *sine tutoris auctoritate*, et tout engagement contracté au mépris de cette règle ne peut lui être opposé ; si donc ici le précaire était considéré comme un contrat, le pupille serait complètement à l'abri et l'on voit pourtant qu'il a pu s'obliger sans l'*auctoritas* de son tuteur et qu'il est tenu de l'interdit. Cet argument serait très fort, si l'on prétendait que dès l'origine le *precarium* ait eu un caractère contractuel, mais nous répondrons qu'au début il n'était pas un contrat et que même dans le dernier état du droit, il fallait distinguer dans la constitution du précaire, deux éléments :

1° La possession que le pupille peut acquérir seul et qui est protégée par un interdit.

2° Le lien contractuel que le pupille ne peut seul former. Le préteur peut parfaitement délivrer un interdit contre le pupille, interdit qui peut n'avoir pour objet que de retirer de ses mains une *possessio vitiosa*. Venu-

1. Loi 22, § 1 h. t.

leius ne parle que de l'interdit et non de l'*actio præscriptis verbis*, il ne pouvait guère en être autrement, car cette action dans son principe, est contractuelle et ne saurait être donnée contre le pupille inhabile à contracter *sine tutoris auctoritate*.

Le second texte sur lequel s'appuie Savigny est le suivant : « *Is qui precario servum rogaverat, surrepto eo potest queri an habeat furti actionem? Et quum non est contra eum civilis actio, quia simile donato precarium est, ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem* (1). » Ulpien se demande ici si le concessionnaire à qui un esclave a été donné en précaire peut intenter l'*actio furti*, en cas de vol de cet esclave ; il lui dénie cette action *furti*, « *non est contra eum civilis actio*, » et nous croyons pouvoir expliquer cette décision du jurisconsulte d'une façon fort plausible.

L'*actio furti*, nous disent les Institutes (2), appartient à la personne intéressée à ce que le vol ne fût pas commis ; soit au propriétaire lui-même dans la majorité des cas, soit à tous ceux à qui il a remis la chose pour former ou pour exécuter un contrat qui par sa nature ou en vertu d'une clause spéciale les soumet à la *custodia*. Or dans l'espèce de la loi 14 *de furtis*, nous sommes en présence d'un *rogans precario* qui n'est tenu que de son dol ou de sa *culpa lata* ; lorsque la chose lui est volée, comme il n'est plus tenu de la restituer, et qu'en consé-

1. Loi 14 § II. De furtis. 47. 2.

2. Institutes. IV. 1. § 13.

quence, il lui importe peu qu'elle soit ou non conservée, ce n'est pas à lui que sera donnée l'*actio furti*, mais bien au *rogatus*. Nous savons également que la demeure du débiteur met les risques de la chose à sa charge, la loi 8 § 6 de *precario* nous le dit : « *Plane post interdictum redditum oportebit et dolum, et culpam et omnem causam venire, nam ubi moram quis fecit precario, omnem causam debet constitulare* (1). » Aussi nous est-il facile d'expliquer la partie finale de la loi 14 de *furtis* ainsi conçue : « *Plane post interdictum redditum, puto eum etiam culpam prestare et furti agere posse.* » Tenu désormais de la *culpa*, le *precario rogans* pourra intenter l'*actio furti*. Dans ce texte 14 § 11 où l'on voit l'*actio furti* refusée au précaire, c'est parce qu'il ne peut être recherché à raison de sa faute par aucune action du droit civil ; et de ce manque d'action civile, on conclut que le précaire n'est pas un contrat. Il ne faudrait pas pousser trop loin ce raisonnement, car Ulpien lui-même se contredirait dans la loi 2 § 2 de notre titre où il reconnaît une action civile au profit du *rogatus* contre le concessionnaire. C'est au développement historique de l'institution du précaire qu'il faut encore ici demander la solution ; nous avons plus haut fait rapidement apercevoir cette transformation successive, nous n'y reviendrons donc pas ici.

Cependant, une fois le précaire admis au nombre des contrats, une question reste à résoudre, dans quelle catégorie faut-il le ranger ? Est-ce un contrat unilatéral,

1. Loi 8 § 6 h. t.

est-ce un contrat synallagmatique? On pourrait croire que la simple signification de ces deux mots nous permettra de répondre. Un contrat est synallagmatique lorsqu'il oblige l'une et l'autre des parties contractantes; il est unilatéral lorsque le rapport engendré est simple, n'obligeant qu'une seule partie. Or dans le précaire, il semble bien que le *rogatus* ne soit tenu à rien, le *rogans* seul ayant à sa charge une obligation. On pourrait donc en conclure que le précaire est un contrat unilatéral; néanmoins une opinion contraire s'est fait jour, elle s'appuie sur cette considération que dans les contrats innommés le simple pacte qui précède toute réalisation effectuée par l'une des parties a un caractère synallagmatique (1); ce qui nous porterait à adopter cette dernière façon de voir, c'est que le précaire a été d'abord assimilé à une donation et que nous voyons les jurisconsultes considérer comme contrat synallagmatique, la donation *sub modo* et la garantir par l'*actio præscriptis verbis*.

C'est probablement à l'opinion de l'école sabinienne qu'est due la croyance de quelques romanistes que le précaire est un quasi-contrat; les Sabinien, en effet, rebelles à l'introduction de l'*actio præscriptis verbis* croyaient plus sage de se servir de l'expédient suivant : ils étudiaient la convention en elle-même et l'assimilaient à un des contrats reconnus par le droit civil, avec lequel elle offrait le plus d'analogie; ils étendaient la

1. Accarias. Voir Th. des contrats innommés, p. 55.

condictio admise en plusieurs cas et donnaient même l'action de dol. Ici, selon cette école, il est fort probable que le précaire avait été assimilé au commodat.

Aucun texte ne semble justifier la croyance de ceux qui regardent le précaire comme un pacte prétorien ; le nombre de ces derniers était restreint et l'on ne peut guère citer que le constitut et l'hypothèque.

Nous terminerons ce chapitre par un rapprochement entre la loi 19 § 2 de *precario* et la loi 2 § 2 du même titre. Dans la loi 19 § 2 Julien s'exprime ainsi : « *Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione (id est) præscriptis verbis.* » Dans la loi 2 § 2 Ulpien accorde purement et simplement l'*actio præscriptis verbis*. Une chose certaine tout d'abord, c'est que les deux jurisconsultes reconnaissent au concédant une action proprement dite. Mais est-ce la même action qu'ils accordent l'un et l'autre au *rogatus*? Savigny n'hésite pas à répondre affirmativement ; mais il est douteux que Julien admit l'*actio præscriptis verbis* dans cette circonstance, puisque la plupart des Sabinien la rejettaient comme inutile dans tous les autres cas. Il est plus probable que les mots qui terminent la loi 19 § 2 « *id est præscriptis verbis* » ont été ajoutés par quelque glossateur, peut-être même par les commissaires de Justinien. Julien, en effet, n'aurait pas désigné sous le nom de *condictio incerti* l'action *præscriptis verbis*, car cette action étant de bonne foi n'appartient pas à la catégorie

des *condictiones*. Telle est aussi l'opinion de M. Accarias (1).

Nous croyons donc que dans ce cas, Julien devait accorder une *condictio incerti*, indépendamment de l'interdit de *precario*. Il s'agissait en effet pour le concessionnaire de retransférer la possession, or « *vacuam possessionem tradi obligatio ad faciendum, non ad dandum* » ne saurait donner lieu à une *condictio certi*. Ulpien, au contraire, accorde sans hésiter au concédant l'*actio præscriptis verbis*; cela s'explique si l'on considère que lorsqu'Ulpien apparut au III^e siècle, la théorie des contrats innommés était complètement formée.

« Œuvre de la pratique et de la jurisprudence, cette « théorie ne naquit pas formée de toutes pièces, dit « M. Accarias. » On sanctionna d'abord les pactes adjoints à une dation, parce que « la dation est essentiellement un acte juridique, c'est-à-dire que la loi en « détermine les formes, les conditions et les effets. » Il n'en était pas de même pour les faits : *Quod si faciam ut des, et posteaquam feci cessas dare, nulla erit civilis actio, sed ideo de dolo dabitur* » (2). La jurisprudence, par un motif de sévérité très justifiable, refuse l'*actio præscriptis verbis* et accorde l'action infâmante de dol; dans le dernier état du droit, tous les contrats innommés sans exception sont sanctionnés par l'*actio præscriptis verbis*.

Si maintenant nous examinons le précaire, nous voyons

1. Voir Accarias. Précis. II, p. 449, note 1.

2. Paul, Loi 5, § 5, De præscriptis verbis. Dig. 49, 5.

que cette institution (qui, dans sa conception primitive, ne constituait pas un contrat engendrant des droits et des obligations véritables et qui, par conséquent, ne donnait droit à aucune action civile) est sanctionnée par une *condictio incerti* à l'époque de Julien et par l'*actio præscriptis verbis* à l'époque d'Ulpien. Nous retrouvons là les mêmes phrases que dans la théorie des contrats innommés ; on peut suivre l'esprit qui présida au développement de ces contrats, dont le précaire fit certainement partie dans le dernier état du droit.

Cette transformation du précaire ne lui fit pas perdre cependant son caractère original ; il reste gratuit et révocable *ad nutum*.

1° Nous avons la preuve de cette gratuité dans des textes nombreux qui en font un *genus liberalitatis* ou qui le comparent au commodat ;

2° Il est essentiellement révocable. Le concédant eût-il accordé un terme exprès, cette convention ne le lierait pas (1). « Il n'y a donc de sa part, dit M. Accarias (2), « qu'une libéralité faite en quelque sorte au jour le jour « et dont il peut à chaque instant arrêter les effets. » Notons en passant que si le terme accordé ne peut être opposé au *rogatus*, il peut produire certains effets à l'égard du *rogans*.

« *Item qui precario ad tempus rogavit, finito tempore, etiamsi ad hoc temporis non rogavit, tamen precario possi-*

1. Loi 12, pr. h. t.

2. Accarias, Loc. cit., p. 419.

dere videtur : intelligitur enim dominus, cum patitur eum, qui precario rogaverit, possidere, rursus precario concedere » (1).

C'est un nouveau précaire qui commence à l'expiration du terme auquel le premier avait été soumis. Cette observation n'est pas sans importance, car les sûretés qui garantissaient le premier précaire peuvent disparaître avec lui sans s'appliquer au second, et si le concédant est devenu fou ou est mort, le précaire ne peut renaître. « *Certe, si interim dominus furere caperit, vel decesserit, feri non posse, Marcellus ait, ut precarium redintegretur, et hoc verum est » (2).*

1. Loi 4, § 4, h. t.

2. Loi 6, pr., h. t. De Vangerow. Op. cit. III, § 691. Loi 14 Locati conducti. Dig. 49, 2.

CHAPITRE II

APPLICATIONS DU PRÉCAIRE.

Le *precarium*, une fois organisé en vue d'un objet déterminé (qui, nous le savons, était la concession faite par les premiers tenanciers à leurs clients de certaines parties de l'*ager publicus*), étendit peu à peu sa sphère d'applications. A l'époque où l'*ager publicus* disparut, l'extension apportée au *precarium* antique fut tout ce qui resta de cette ancienne institution ; et cette extension, même dans certains cas en vue desquels il n'avait pas été créé, explique, ainsi que le remarque M. de Savigny (1), les transformations successives qu'il revêtit et les controverses qui naquirent à ce sujet parmi les jurisconsultes. On peut, de cette manière, comprendre comment le *precarium* sorti des limites de sa première application, applicaton assurément immobilière, pût s'appliquer aux meubles dans la suite.

Les textes nous montrent le précaire employé hors de son domaine primitif, pour combler certaines lacunes que la pratique avait révélées en matière de gage et de vente ; on le voit également se combiner avec le louage. Nous allons chercher à nous rendre compte de son utilité dans chacun de ces différents cas.

1. Voir Savigny, Op. cit., § 42.

Application du précaire au gage.

Dans l'ancien droit, le mode employé par le débiteur qui voulait donner une sûreté réelle à son créancier était on ne peut pas plus simple. Le gage, contrat accessoire qui suppose une obligation principale préexistante qu'il garantit, se constituait par la *mancipatio* ou la *cessio in jure* qui rendait le créancier propriétaire de la chose. La clause de fiducie s'ajoutait à l'acte solennel de la mancipation ou de la cession, dans le but d'obliger le créancier à remanciper ou à rétrocéder la chose au débiteur après le paiement.

Par ce moyen, le créancier avait une garantie réelle très efficace, mais le débiteur qui avait cessé d'être propriétaire n'était qu'insuffisamment protégé par l'action personnelle contre la mauvaise foi ou l'insolvabilité du créancier.

La situation du débiteur déjà si défavorable était encore aggravée si l'on considère qu'il était privé de la possession et de la jouissance de la chose qui servait de sûreté à son créancier. C'est pour remédier à ces graves inconvénients, que la pratique eut recours au précaire, expédient encore insuffisant, à la vérité, mais qui permettait au créancier propriétaire de la chose, en vertu de la mancipation, d'en laisser la possession au débiteur avec faculté d'y mettre fin dès qu'il lui plairait. Le créancier, d'ailleurs, dans ce cas, n'avait pas à craindre de la part du débiteur une *usureceptio*, car la concession même qu'il

avait faite s'y opposait. Gaius qui dans son deuxième commentaire nous apprend que le débiteur rentré en possession de la chose qu'il a mancipée avec pacte de *remancipando*, à son créancier, peut sans juste titre ni bonne foi, après un an de possession, reconquérir par l'usucapion la propriété qu'il avait aliénée, prend ici soin de nous dire que pour que cette *usureceptio fiducie* s'accomplisse, il faut que la possession du débiteur n'ait pas pris naissance à la suite d'une concession précaire... « *Si non precario rogaverit ut eam rem possidere liceat* (1). » Une raison majeure voulait de plus qu'il en fut ainsi, c'est la règle : « *Nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest.* »

Cette première application du précaire au gage a été une des plus importantes et des plus anciennes, car Isidore de Séville définit ainsi le précaire : « *Precarium est, dum prece creditor rogatus, permittit debitorem, in possessione fundi sibi obligati demorari et ex eo fructus capere* (2). » Laissant de côté dans ce texte le mot — *fundi* — qui a donné lieu plus haut à une observation de notre part, nous voyons clairement le précaire résulter des relations de créancier gagiste et de débiteur.

Une anecdote qui remonte à l'an 495 de notre ère semble bien, croyons-nous, montrer une application de notre institution. Il s'agit d'un centurion qui par ses plaintes excita au *forum* une sédition de la plèbe. La guerre des

1. Gaius, Comm. II, § 59 et 60.

2. Isidore de Séville, Orig., V, 25.

Sabins l'avait ruiné; ses dettes grossies par les intérêts l'avait fait expulser du domaine qu'il tenait de ses ancêtres : « *Ait : aes alienum fecisse; id cumulatam primo se agro paterno avitoque exuisse* (1). » L'expropriation pour dettes n'existait pas encore; ne peut-on voir là une application du précaire? Le centurion avait peut-être mancipé son fonds, au créancier qui de son côté le lui avait rendu en précaire, mais faute de paiement à l'échéance, il avait révoqué la concession. — C'est là une conjecture de notre part, conjecture qui tout au moins paraît assez vraisemblable. — Cette première application du précaire au contrat de gage avait apporté une sensible amélioration, un pas cependant restait encore à faire; il fut franchi par l'introduction du *pignus*. Ici la chose affectée à la sûreté du créancier, lui est simplement livrée en vue de l'en rendre possesseur mais non pas propriétaire; cette amélioration était encore insuffisante à un double point de vue, et d'abord le *pignus* privait jusqu'au remboursement de la dette le débiteur de la possession de sa chose; ensuite il nuisait au crédit, car le débiteur livrant parfois une chose excédant en valeur le montant de sa dette, épuisait tout le crédit que cet objet pouvait lui procurer. Le remède aux inconvénients que présentait encore ici le *pignus* fut le même que dans le cas précédent de fiducie.

Le débiteur qui avait remis le *pignus* pouvait en obte-

1. Tite-Live, II, 23.

nir du créancier la jouissance à titre précaire (1). Ce dernier procédé n'avait pas été sans soulever quelques objections. On se demandait si une telle manière d'agir était valable, car elle paraissait contraire à la règle : « *Nullum suæ rei precarium.* »

Ulpien discute la question : « *Quæsitum est : Si quis rem suam mihi pignori dederit, et precario rogaverit : an hoc interdictum locum habeat ? Quæstio in eo est ut precarium consistere suæ rei possit ? Mihi videtur verius pecarium consistere in pignore : cum possessionis rogetur non proprietatis ; et est hæc sententia utilissima : quotidie enim [recario rogantur creditores ab iis, qui pignori dederunt : et debet consistere precarium (2).* »

Cette *sententia utilissima* fut probablement adoptée dans la suite par tous les jurisconsultes, car nous voyons Florentin mentionner la combinaison du *pignus* avec le *precarium*, sans même indiquer la controverse : « *Pignus manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem : potest tamen et precario, et pro conducto debitor re sua uti (3).* »

A cela rien d'extraordinaire : la règle, *suæ rei precarium consistere non potest*, veut dire à notre sens, qu'une personne ne peut recevoir à titre précaire, une chose dont elle a la propriété pleine et entière. Ici la propriété est séparée de la possession ; au débiteur appartient le *dominium*, au créancier gagiste la *possessio* ; rien donc

1. Loi 35, § 1, De pign. act. Dig. 13, 1.

2. Loi 6, § 4, h. t.

3. Loi 35, § 1, De pig. act., 13, 7.

d'impossible à ce que ce dernier concède l'exercice d'un droit qui est sien.

Notons que le créancier possesseur en vertu d'un *pignus* n'abdiquait pas la *possessio ad interdicta* ; le *rogans* n'avait que la détention. On ne pouvait raisonnablement admettre en effet que le créancier gagiste renonçât au droit de possession qui était sa seule garantie et s'exposât par suite de la négligence ou de la mauvaise foi de son débiteur à être privé de toute sûreté réelle.

Ainsi donc, nous voyons le précaire faire disparaître les inconvénients qui résultaient du contrat de gage, jusqu'au jour où l'hypothèque due à la réforme des prêteurs, vient supprimer toute remise matérielle de l'objet affecté à la sûreté d'une créance.

Application du précaire à la vente.

Les textes nous apprennent que l'application du *precarium* au gage ne fut pas un fait unique et isolé, mais que cette institution s'appliqua encore à la vente.

En droit français, la vente est translatrice de propriété ; à Rome et dans notre ancien droit, la vente, *emptio venditio*, n'avait pour effet de la part du vendeur que de créer contre lui l'obligation de procurer à l'acheteur la libre jouissance et non la propriété de la chose : « *Ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus fiat* (1) ». Sans doute, on aurait pu faire à Rome un contrat dans lequel l'une

1: Loi 30 § 1 De act. empt. et vend. Dig. 19: 1.

des parties, pour prix de la somme d'argent que l'autre lui payait, aurait transféré à celle-ci ou promis de transférer la propriété d'une chose ; mais ce contrat n'aurait point été le contrat de vente, il aurait constitué l'un de ces nombreux contrats auxquels la législation romaine n'avait pas donné de désignation particulière et que les commentateurs modernes ont qualifié du nom de contrats innommés. La vente romaine était donc simplement productrice d'obligations et par exception la tradition opérée avec toutes les conditions ordinaires requises n'enlevait pas au vendeur la propriété. Seul le paiement réel et intégral du prix joint à la tradition était capable de transférer la propriété : « *Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori adquiruntur, quam si is emptori pretium solverit* (1) » Mais comme cette règle n'est qu'une interprétation de la volonté, elle fléchit devant une volonté contraire ; or ce résultat se produit dans deux hypothèses : 1^o Si le vendeur a suivi la foi de l'acheteur ; 2^o s'il s'est fait donner une satisfaction réelle, gage ou hypothèque, ou personnelle, *fidejussio*, *expromissio*.

Resté en général propriétaire de la chose vendue, malgré la tradition, le vendeur conservait la revendication, mais cette action était pour lui longue et difficile, le fardeau de la preuve lui incombait, et cette preuve ne consistait pas seulement à établir qu'il avait acquis la chose en vertu d'un titre régulier, tel qu'une mancipation ou

1. Institutes, II. 1 § 41.

une tradition ; il devait de plus justifier que la propriété avait appartenu à son auteur, à l'auteur de son auteur, et ainsi de suite en remontant toujours en arrière. L'usucapion, il est vrai, rendait beaucoup plus facile cette preuve de la propriété, mais c'était au précaire qu'était réservé la fonction la plus importante. Grâce à la concession en précaire, le vendeur pouvait sans avoir besoin de prouver son droit de propriété, réclamer au moyen de l'interdit *de precario* la possession dont il avait temporairement fait abandon à l'acheteur ; il conservait la faculté tant que le prix n'était pas payé, à défaut même de *lex commissoria*, de recouvrer *ad nutum* son droit de rétention (1), ainsi que le bénéfice de la jouissance (2). L'acheteur sérieux, menacé sans cesse de se voir reprendre la chose, était donc stimulé à payer le plus vite possible.

Les observations que nous avons présentées jusqu'à présent au sujet de l'application du précaire en matière de vente, ne se réfèrent qu'à une vente pure et simple ; nous ne devons pas oublier que son utilité a été non moins grande dans les ventes à terme. Nous avons dit ci-dessus, que par dérogation à l'exception de *la traditio rei venditæ*, la propriété était transférée à l'acheteur, lorsque le vendeur avait suivi sa foi. Cette intention se révélait principalement, à défaut de clause expresse, par la concession d'un terme fixe ou indéterminé pour le paiement du prix ; mais c'est une pure supposition, une

1. Loi 13 § 8 De act. emp. et. vend. Dig. 49. 1.

2. Loi 20 Dig. h. t.

pure interprétation de volonté qui peut facilement disparaître devant une manifestation non équivoque d'une volonté contraire. Par un pacte adjoint au contrat principal, il peut être convenu que malgré la concession d'un terme, la propriété restera au vendeur, l'acheteur n'ayant que la possession précaire.

Un rescrit de l'empereur Alexandre ne permet pas de douter de l'emploi fréquent du précaire en semblable occasion, et de l'avantage sérieux qu'il offrait : « *Qui ea lege prædium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur : si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito* (1) ». Un immeuble a été vendu à la condition suivante : le prix d'achat devra être versé entre les mains du vendeur dans un certain délai déterminé, faute de quoi la propriété fera retour à ce dernier ; l'empereur décide qu'il n'y a pas lieu à la *rei vindicatio* de la part du vendeur, s'il n'a pas fait une concession précaire, mais à l'*actio ex vendito*. On en conclut que si le vendeur a fait une concession précaire, il est resté propriétaire.

Terminons ce qui a trait à l'application du précaire dans la vente par une remarque de M. Machelard (2) qui prétend que quand le vendeur non payé remet la chose à l'acheteur il ne se dépouille pas de la possession. Il n'y a là, dit-il, qu'une tradition faite sous une condition tacite, restriction dont est susceptible ce mode de trans-

1. Const. 3. De pact. inter venditorem et emptorem. Code 4. 44.

2. Machelard. Théorie des interdits, p. 266.

mission de la propriété suivant la loi 38 § 1 *de acq. poss.*
« Or tant que la condition qui affecte un acte de droit
« est en suspens, les effets ordinaires de cet acte ne
« peuvent pas se produire. La tradition étant condition-
« nelle, la possession elle-même (car la tradition n'est
« que la remise de la possession) reste en suspens au re-
« gard de l'acheteur qui ne l'a que *sub conditione* ». Il
s'en suivrait donc que jusqu'à l'accomplissement de la
tradition, la possession en réalité continuerait à résider
sur la tête du vendeur. Le précaire, en suivant l'opinion
de M. Machelard, conférerait donc une possession à l'a-
cheteur, possession qu'il n'aurait pas sans lui. Il ne nous
semble guère possible, quant à nous, que le précaire, à
l'encontre de son but habituel, ait pu augmenter les
droits de l'acheteur à l'égard du vendeur, au lieu de les
diminuer.

M. Demante (1) analysant les conséquences de l'introduction du précaire dans le contrat de vente, pense que le juge de l'*actio venditi*, suppléa facilement cette convention si favorable à chacune des parties et que l'usage même s'établit de la présumer toujours, sauf à l'acheteur à faire la preuve du contraire.

On peut, croyons-nous, considérer le privilège du vendeur en droit français, comme remontant à la convention de précaire dont nous venons de parler en matière de vente.

1, Voir Demante. *Revue critique* 1854.

Application du précaire au louage

Le précaire dont la sphère d'applications se présente d'une manière très-nette dans le gage et dans la vente, se montre en matière de louage sous un jour beaucoup moins clair. Un texte d'Ulpien au Digeste est d'une interprétation difficile, surtout dans sa seconde moitié.

« *Si quis ante conduxit, postea precario rogavit videbitur discessisse a conductione, quod si ante rogavit, postea conduxit, conduxisse videbitur; potius enim hoc procedere videbitur quod novissime factum est, et hoc Pomponius ait (1) ».*

Dans cette première partie de loi, il ne s'agit que de la substitution du précaire au louage et du louage au précaire. Si après avoir loué, on demande en précaire on appliquera les règles du précaire en écartant celles du louage et inversement; c'est le *quod novissime factum est* dont on doit appliquer les règles.

La portée de la seconde partie du texte d'Ulpien est moins facile à dégager. « *Idem Pomponius bellissime tentat dicere numquid qui conduxerit quidem prædium precario autem rogavit,— non ut possideret, sed ut in possessione esset? — Est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse... quod si factum est utrumque procedit ».*

La question à résoudre est délicate; si à la convention de précaire le bailleur ajoute cette clause: *non ut possi-*

1. Loi 10 de acq. vel amitt. poss. Dig. 41. 2.

deret sed ut in possessione esset, le concessionnaire n'aura pas la possession mais la simple détention, or cette simple détention, il en est déjà nanti par le contrat de louage ; on ne voit donc pas bien l'intérêt. Pomponius, ici comme dans l'hypothèse précédente conclut à la transformation du louage en précaire ; Ulpien, plus catégorique, combine les deux choses — *utrumque procedit* — dit-il, d'un côté donc le loyer sera dû et de l'autre la jouissance sera révocable au gré du concédant. D'après Bulling (1) c'eût été un moyen de permettre au concédant de retirer un certain avantage pécuniaire des concessions en précaire. Le *precario rogatus* aurait pu agir contre le *rogans*, par l'*actio locati* pour le paiement du loyer. Mais Bulling oublie dans son explication que le précaire est essentiellement gratuit. On a cherché encore à expliquer cette union du précaire et du bail en disant que la clause du précaire exemptait le créancier de la responsabilité qui incombe au bailleur. Quoiqu'il en soit, sous l'Empire, le bail et le précaire étaient très souvent réunis et les tenanciers cumulaient souvent la qualité de précariste et celle de fermier. Il faut que cet arrangement ait pris dans la suite une grande importance car une constitution (2) des empereurs Valens et Valentinien au IV^e siècle emploie indifféremment les mots fermiers et détenteurs précaires.

On a prétendu que la combinaison du précaire et du

1. Bulling. *Das precarium*.

2. Loi 2. De *proes XXX vel XL annorum*. Code 7. 39.

louage aurait fourni au preneur le moyen de rester en possession après l'expiration de son bail, et lui aurait procuré, à moins d'une révocation formelle, la prolongation illimitée de sa jouissance.

Mais il est plus probable que la clause de précaire avait pour but de procurer aux propriétaires des moyens de contrainte plus rigoureux contre les fermiers qui ne payaient pas, ou payaient mal. Le précariste chassé en vertu de l'interdit *de precario*, ne pouvait protester. De plus, la procédure des interdits était fort expéditive ; les constitutions impériales en font foi (1).

Il ne faut pas s'étonner de cette situation précaire des fermiers dans l'empire romain ; la misère et l'asservissement des classes rurales vont toujours croissant et l'on sait que le fermage transformé en colonage partiaire et le précaire sont devenus les sources du colonat (2).

1. Loi 5. Code Th. De denuntiatione. — Loi 4. Code Th. Unde vi.

2. Voir Dareste. — Journal des savants septembre 1886. Fustel de Coulanges. Recherches sur quelques problèmes d'histoire.

CHAPITRE III

FORMATION DU PRÉCAIRE.

La forme extérieure du précaire ne présente rien de solennel ; l'autorisation de jouir et d'user de la chose concédée en précaire s'obtenait le plus ordinairement au moyen d'une prière, *rogatio*, adressée au maître de la chose, par celui qui voulait en obtenir la concession. Ulpien nous le dit dans la loi 1, *de precario*, et confirme sa manière de voir dans un second fragment à notre titre, où il s'exprime en disant que le précariste est mis en possession *ex hac solummodo causâ quod preces adhibuit* (1). Certains auteurs (2), s'appuyant sur ces textes et sur l'étymologie du mot *precarium* qui en dérive, soutiennent qu'il est de l'essence du précaire que l'abandon de la possession n'ait lieu qu'à la suite de prières formelles adressées au concédant. Malgré l'autorité des romanistes qui ont adopté cette opinion, nous pensons que la *rogatio* n'était pas un élément indispensable et que l'autorisation pouvait n'être que tacite.

Sur ce point, comme sur tant d'autres, il se peut qu'à l'origine on observât un formalisme rigoureux, mais dans

1. Loi 2, § 3, h. t.

2. Bulling, Op. cit., p. 22.

la suite et sous l'influence du progrès dans les esprits, on dût se départir nécessairement de la rigueur primitive.

Comme le fait observer M. de Vangerow (1), et après lui M. Machelard (2), il est plus sage de penser qu'Ulpien a simplement voulu montrer comment les choses se passaient dans la pratique. Il n'y a aucun motif raisonnable pour transformer cet usage en un élément indispensable à la formation du précaire ; d'ailleurs le jurisconsulte Paul se charge de faire disparaître toute hésitation dans un texte où il admet formellement la constitution tacite d'un précaire : « *Precario possidere videtur, non tantum qui per epistolam vel quacunque alia ratione, hoc sibi concedi postularit, sed et is, qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino possidet* » (3). L'accord des volontés est donc dispensé de toutes formes et peut se manifester par lettre, par messenger ou de tout autre manière. Cujas, dans une note sur ce passage, en limite la portée au cas de la continuation d'un *precarium* antérieur et cela sans raison aucune, à moins que le paragraphe suivant de Paul ne la lui fournisse : « ... *Magis dicendum est clam videri possidere, nullæ enim preces ejus videntur adhibitæ* » (4) Le seul mot *clam* nous fait voir qu'il ne s'agit pas ici de précaire.

1. De Vangerow, Op. cit., III. § 691.

2. Machelard, Op. cit., p. 268.

3. Paul, Sentences, V, 6, § 11.

4. Paul, Sentences, V, 6, § 12.

L'accord des volontés pour former le précaire peut se produire entre absents comme entre présents : « *Precarii rogatio constitui potest, vel inter præsentes, vel inter absentes...* » (1). Cette loi, il est vrai, ne paraît avoir trait qu'au concours des volontés et de plus elle est extraite du commentaire de Gaius sur l'édit provincial, commentaire qui devait contenir des principes d'intérêt général admis dans les seules provinces. Nous croyons néanmoins que le précaire pouvait être constitué expressément ou tacitement, mais il est évident au surplus qu'il n'existait pas par cela seul qu'il y avait eu consentement réciproque, il fallait en outre la remise effective de la chose entre les mains du concessionnaire ; le précariste devait avoir la possession ou tout au moins la simple détention.

Le précaire commençant par l'exécution unilatérale d'un pacte antérieur, on pourrait peut-être dire que ce contrat se forme *re*, puisque le jurisconsulte Ariston a assimilé les conventions exécutées par l'une des parties aux contrats réels, par excellence le *mutuum*, le commodat, le dépôt et le gage ; mais, selon M. Accarias (2), la dénomination de contrat *re* appliquée au précaire, sans être inexacte, surprend un peu, car la *res*, élément constitutif d'un contrat, consiste toujours en une tradition, et cette expression ne se rencontre jamais dans les con-

1. Loi 9, Dig. h. t.

2. Voir Accarias, Th. des cont. innommés.

trats innommés qui, tels que le précaire, naissent d'un *factum*.

Il faut voir là l'extension d'un principe restreint à l'origine aux quatre contrats réels reconnus.

Si l'on n'admettait pas de tradition dans le précaire, le *rogans* ne saurait avoir la possession dont il doit jouir, à moins de se trouver déjà possesseur ou détenteur à un autre titre.

CHAPITRE IV

QUELLES SONT LES PERSONNES ENTRE LESQUELLES PEUT SE FORMER LE PRÉCAIRE.

Plusieurs questions importantes s'élèvent ici, à savoir :
1° Qui peut concéder en précaire ? 2° A quel moment doit exister la volonté de concéder chez le *rogatus* ? 3° Qui peut *rogare precario* ? 4° Le précaire se transmet-il aux héritiers du précariste ? C'est en nous appuyant sur les textes que nous essayerons de résoudre ces questions, et tout d'abord celle de savoir qui peut concéder en précaire ?

Peuvent concéder une chose en précaire :

1° Le propriétaire de la chose, car celui qui dispose et jouit d'une chose de la façon la plus absolue peut certainement la concéder en précaire à la personne qu'il lui plaît de choisir ; le propriétaire doit être capable de disposer à titre gratuit, mais il n'est pas nécessaire que la chose soit en sa possession : « *Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei, qui possideat* (1). »

2° L'esclave du propriétaire. Les personnes qui deman-

1. Loi 18 Dig. h. t.

dent à l'esclave la possession précaire d'une chose dont le maître est propriétaire sont regardées, lorsque le maître a ratifié cette concession, comme la tenant directement de ce dernier. Nous pouvons même ajouter que la ratification du *dominus* n'est pas nécessaire quand l'esclave administrant son pécule fait une concession de ce genre : « *Qui servum meum precario rogat, videtur a me precario habere, si hoc ratum habuero ; et ideo precario interdicto mihi tenebitur* (1). »

3° Celui qui a une possession susceptible d'être maintenue à l'aide de l'interdit *uti possidetis*. Cet interdit est un de ceux *retinendæ possessionis* pour l'exercice duquel l'auteur doit prouver qu'il possède et que le défendeur a troublé ou trouble sa possession. L'interdit *uti possidetis* concernait exclusivement la possession des choses immobilières, des fonds de terre et des maisons ; quant à l'interdit *utrubi*, réservé aux choses mobilières, il donnait gain de cause, avant Justinien, à celui qui avait possédé la chose le plus longtemps dans la dernière année ; sous cet empereur, il est assimilé complètement à l'interdit *uti possidetis*, et, dans l'un comme dans l'autre, il suffit de prouver sa possession actuelle (2). Donc sous Justinien les conditions de succès dans l'interdit *utrubi* sont les mêmes que celles demandées dans l'interdit *uti possidetis*.

Ceci posé, du moment que celui qui intente l'interdit

1. Loi 19 § 1 Dig. h. 1.

2. Institutes IV. 15 § 4.

uti possidetis a une possession *nec vi, nec clam, nec precario* (ce qui n'a lieu que lorsque la possession est de bonne foi et accompagnée de juste titre, en un mot une *possessio ad usucapionem*), il peut concéder à titre précaire les choses qu'il a dans sa possession, possession qu'il peut défendre par l'interdit susnommé. C'est ce que nous dit Vénuleius : « *Sed si eam rem cujus possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim. quamvis futurum esset, ut tenear de proprietate, precario tibi concesserim : teneberis hoc interdicto* (1). » Peu importe ici que le possesseur puisse être recherché plus tard au sujet de la propriété; pouvant retenir sa possession par l'interdit *uti possidetis*, il peut faire une concession précaire.

4° Le *conductor* (*inquilinus* ou colon). Quand il a obtenu du propriétaire la faculté de sous-louer, il a implicitement celle de faire une concession de précaire.

La volonté de concéder chez le *rogatus* doit exister au moment de la concession, qu'elle soit expresse ou tacite; la folie et à *fortiori* la mort s'opposent donc à la constitution d'un précaire. Cette décision peut, croyons-nous, être déduite de la loi 6 *pr.* à notre titre de *precario* qui nous dit qu'en cas de folie le précaire ne peut être continué après l'expiration du terme pour lequel il avait été concédé. Si donc un précaire déjà consenti ne peut être renouvelé, à *fortiori*, nous semble-t-il, ne peut-il prendre naissance.

1. Loi 7 Dig. h. t.

Toute personne peut recevoir une concession précaire en principe. Nous pouvons cependant indiquer dès à présent une exception : « *Hospites et qui gratuitam habitationem accipiunt, non intelliguntur precario habere* (1). » La raison en est que l'on ne peut avoir en précaire une chose que l'on possède déjà à un autre titre. Pour avoir *precario*, il faut cependant ne pas enfreindre la règle : « *nullum suæ rei precarium* » que nous énonce la loi 4 § 4 h. t. : « *Item si rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario, sed non habeo precario, idcirco, quia scriptum est rei suæ precarium non esse.* » Nous avons déjà indiqué une restriction à cette règle au sujet du *pignus* (2); nous pouvons ajouter que le propriétaire peut demander sa propre chose en précaire si du moins la possession est séparée de la propriété et se trouve entre les mains d'une personne à laquelle il adresse la demande : « *Et contra si possessorem precario rogaverit, qui rem avocare ei posset, teneri eum precario, quoniam aliquid ad eum per hanc precarii rogationem pervenit, id est possessio quæ aliena sit* (3). » Le *dejiciens* peut également demander en précaire au *dejectus* la chose dont il s'est emparée; du jour où cette concession lui est accordée, il cesse de posséder *vi* : « *Julianus ait, eum qui vi alterum dejecit, et ab eo precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario* (4). »

1. Loi 15 § 1 Dig. h. t.

2. Suprà, Loi 6 § 4 Dig. h. t.

3. Loi 22 pr. in fine Dig. h. t.

4. Loi 6 § 3 Dig. h. t.

Toute personne qui détient *pro possessore, pro emptore, pro herede*, etc., peut se faire concéder une possession à titre précaire ; c'est ce qui nous semble résulter de la loi 22 p. de Vénuleius au titre *de precario*. Un mot sur le détenteur *pro possessore* ne sera pas ici inutile : possédait à titre précaire celui qui ayant une chose *pro possessore*, obtenait du propriétaire la permission de la retenir à titre précaire ; il ne contrevenait pas à la règle *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* ; il était réputé posséder la chose, non en vertu de son premier titre, mais en vertu de la concession à lui faite ; c'est-à-dire précairement. Ce que nous venons de dire pour le possesseur *pro possessore*, s'applique également aux possesseurs *pro emptore, pro herede*.

On peut d'ailleurs demander un précaire soit personnellement, soit par mandataire, ou par une personne en puissance : « *Si procurator meus, me mandante, vel ratum habente precario rogaverit, ego precario habere proprie dicor* (1). » On peut rapprocher de cette loi le texte 4 § 2 h. t. et aussi l'opinion suivante émise par Pomponius : « Un esclave, sur l'ordre de son maître, demande une concession précaire, ou le maître ratifie après coup, la demande faite en son nom par l'esclave ; il est clair que le *dominus* sera tenu et profitera du précaire.

Mais au contraire, que l'esclave ou le fils à l'insu du père ou du maître, demande en son propre nom un précaire, cette concession ne rejaillira pas sur le maître ou le

1. Loi 6 § 1 Dig. h. t.

père, mais il y aura lieu à l'*actio de peculio* ou de *in rem verso* (1). Le maître de l'esclave, le *paterfamilias* profite de la concession de précaire faite à l'esclave, ou au fils ; à cela rien que d'absolument naturel, car nous savons que le précaire faisant obtenir la possession, cette dernière s'acquerrait par les personnes que nous venons d'indiquer. L'adoptant profite également des concessions faites à la personne qu'il adopte : « *Si adoptavero eum qui precario rogaverit, ego quoque precario possidebo* (2) ».

Le pupille peut seul sans l'*auctoritas* du tuteur demander un précaire ; nous n'insisterons pas sur ce point dont nous avons déjà parlé plus haut à propos du fragment 22 § 1 de Vénuleius ; qu'il nous suffise de dire que cela était conforme aux textes nombreux qui reconnaissent au pupille le droit d'acquérir seul la possession, le *dominium* ou un droit fractionnaire de propriété (3). Le *rogans* qui devient fou ne perd pas sa possession : « *Si vi aut cam aut precario possessionem nactus quis, postea furere cæperit : et possessio et causa eadem durat de hoc*, le motif que Paul nous indique pour justifier ce maintien de la possession est que : *furiosus precario habet* (4) ». Sachant que le précaire repose sur la bienveillance du concédant, on aurait pu croire que la mort du *rogatus* dût en amener l'extinction. Cependant, tous les jurisconsultes

1. Loi 13 Dig. h. t.

2. Loi 16 Dig. h. t.

3. Inst. II. 8. § 2. Loi 11 Dig. De acq. rerum dom. 41. 1.

4. Loi 31 § 4 De usurp. et usucap. 41. 3.

étaient d'accord pour décider qu'il subsistait malgré cet évènement.

L'héritier est le continuateur de la personne du défunt en sorte que la volonté de l'un est considérée aussi comme étant celle de l'autre et que la concession faite par le défunt est réputée faite du même coup par son héritier : « *Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede ejus precario habere videtur : et ita et Sabinus et Celsus scribunt ; eoque jure utimur. Ergo et a ceteris successoribus habere quis precario videtur. Idem et Labeo probat ; et adjicit, etiam si ignoret quis heredem, tamen videri eum ab herede precario habere* (1) ». Ainsi le *rogans* n'a même pas besoin de connaître la mort du *rogatus* et l'addition d'hérédité : sa situation n'est en rien modifiée par ces évènements, dès qu'il y a addition d'hérédité, il est censé tenir de l'héritier lui-même. Cette décision, il est vrai, semble contredite par la loi 4 *locati conducti*, dans laquelle Pomponius s'exprime ainsi : « *Locatio precariæ rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset dedissetve vellet, morte ejus, qui locavit tollitur* (2).

Il est probable que Pomponius fait allusion dans ce texte à l'une de ces conventions qui contenaient l'union d'un bail et d'un précaire et dont Ulpien parle dans la loi 10 *de acq. vel. amitt. poss.* citée dans notre second chapitre. De plus, les termes dont se sert Pomponius, semblent indiquer une hypothèse de concession subor-

1. Loi 8 § 1 h. t.

2. Loi 4 Dig. 19. 2.

bonnée à la volonté personnelle du concédant et s'évanouissant avec lui ; ce serait donc un cas particulier.

Quant à l'acquéreur à titre particulier, s'il n'exprime pas de volonté contraire, il est censé maintenir la concession faite par son auteur, le précaire subsiste et les droits du concédant primitif passent à cet acquéreur à titre particulier : « *Illud tamen videamus, quale sit, si a me precario rogaveris, et ego eam rem alienavero, an precarium duret, re ad alium translata? Et magis est, ut si ille non revocet, posse interdicere quasi precario ab illo habeas, non quasi a me : et si passus est aliquo tempore a se precario habere, recte interdicet, quasi a se precario habeas (1)* ».

Nous allons aborder maintenant une question fort importante, qui a donné lieu à de vives controverses, qui n'est pas tranchée d'une manière bien catégorique par les textes et qui consiste à savoir si à la mort du *rogans* le précaire passe à ses héritiers.

Quand on rapproche les diverses opinions émises sur cette question par les jurisconsultes, celle qui semble prédominer est celle qui n'accorde pas la transmissibilité du précaire aux héritiers du concessionnaire.

Celsus comparant les effets de la mort du *rogans* et les effets de la mort du *rogatus*, s'exprime d'une façon non équivoque : « *Precarii rogatio et ad heredem ejus qui concessit, transit ; ad heredem autem ejus qui precario rogavit, non transit (2)* ». Le motif qu'en donne le jurisconsulte,

1. Loi 8 § 2 h. t.

2. Loi 12 § 1 h. t.

c'est que le précaire étant fait *intuitu personæ*, ne saurait appartenir aux héritiers du concessionnaire que le *rogatus* pouvait ne pas avoir eu en vue en contractant : « *Quippe ipsi duntaxat, non etiam heredi, concessa possessio est* ». Paul dans ses Sentences donne une solution analogue en se fondant sur ce que les prières qui ont amené la concession ne viennent pas des héritiers : « *Nullæ enim preces ejus videntur adhibitæ* (1) ». Papinien semble admettre la même opinion dans sa loi 11 *De div. temp. præs.* Il parle, il faut le reconnaître, d'un héritier qui n'a pas connaissance de la concession (*ignorans*). Si à l'égard de l'héritier simplement ignorant, on n'admet pas la continuation du précaire, à plus forte raison ne devra-t-on pas l'accorder à l'héritier qui serait de mauvaise foi. Ce passage à lui seul n'est pas décisif, parce que le mot *ignorantem* pourrait être interprété dans ce sens qu'il faudra admettre le précaire dès l'instant où l'héritier en aura connaissance. Il y avait controverse parmi les jurisconsultes romains sur le point de savoir si l'interdit *de precario* pouvait être donné contre l'héritier. Papinien refuse cet interdit : « *nec interdicto recte convenietur (heres)* ». Mais alors, quels seront les droits ouverts au concédant ? Il faut distinguer si l'héritier connaît la situation ou s'il l'ignore.

Dans le premier cas, si connaissant le vice de précarité dont la chose est atteinte, l'héritier la conserve sans prévenir le *rogatus*, il aggrave sa situation et ajoute

1. Paul. Sent. V. 6 § 12.

à sa possession déjà précaire le vice de clandestinité : « *Clam videtur possidere* », dit Paul, qui reconnaissant que la restitution pourra toujours être demandée — *persecutio ejus rei semper manebit*, — semble bien refuser aussi la ressource de l'interdit — *nec interdicto locus est*. — La façon de s'exprimer du jurisconsulte est dans ce dernier membre de phrase un peu obscure, et nous ne devons pas la prendre à la lettre ; pour interpréter sainement sa pensée, nous devons remarquer que le paragraphe 12 dont s'agit, vient après d'autres où il est question de l'interdit *de precario*. Or semble-t-il, ce qu'il refuse ici, c'est l'interdit *de precario* ; il laisse ouverte la voie de la restitution par l'interdit *de clandestina possessione*.

Quand au contraire, l'héritier ignore l'origine de la possession de son auteur, Papinien nous dit bien qu'il est dans l'impossibilité de parvenir à l'usucapion à cause du vice originel de la possession, vice qui aurait empêché le défunt lui-même d'usucaper, mais il est alors assimilé à un possesseur de bonne foi et les principes qui règlent la situation de ce dernier, relativement à l'acquisition des fruits et de la responsabilité lui seront applicables. D'autre part, c'est vis-à-vis d'un possesseur de bonne foi que le concédant se trouve placé ; ce n'est plus par la voie possessoire — *nec interdicto recte convenietur* — mais bien par la voie pétitoire qui seule lui sera ouverte, qu'il pourra agir.

Telle est la doctrine qui ressort des textes que nous venons d'examiner ; mais il en est un fort important que

nous avons jusqu'ici passé sous silence et qui est ainsi conçu : « *Hoc interdicto heres ejus, qui precario rogavit tenetur quemadmodum ipse : ut sive habet, sive dolo fecit quominus haberet vel ad se perveniret, teneatur ; ex dolo autem defuncti hactenus quatenus ad eum pervenit* » (1). Pour confirmer ce texte, nous pouvons ajouter une décision des empereurs Dioclétien et Maximien : « *Habitantis precario heredes, ad restituendum habitaculum teneri, contra eos interdicto proposito, manifeste declaratur* » (2).

Ces décisions semblent bien être en contradiction avec celles des autres jurisconsultes dont nous avons déjà émis la manière de voir à ce sujet ; c'est pourtant cette dernière opinion qu'il faut considérer comme consacrée par Justinien ; elle découle de textes fort clairs, tandis qu'on ne peut invoquer à l'appui de l'opinion contraire que des passages peu précis susceptibles d'ailleurs d'interprétations différentes.

Ulpien assimile l'héritier au bénéficiaire primitif ; il lui accorde d'une manière absolue la place du défunt. *Tenetur heres quemadmodum ipse qui rogavit*. — L'héritier est un précariste, il peut être poursuivi à un double titre : *nomine proprio, nomine hereditario*. Ulpien sépare ces deux situations. En ce qui concerne la jouissance du défunt, fût-elle entachée de dol, l'héritier n'est tenu que *quatenus ad eum pervenit* ; *proprio nomine*, il est pleinement assimilé à un précariste, il ne répond que de son

1. Loi 8, § 8, h. t.

2. Loi 2, Code, de precario, 8, 9.

dol ou de sa faute lourde, abstraction faite de tout profit encore existant. Mais, dit-on, Ulpien considérait le précaire comme un contrat, dès lors on ne voit pas pourquoi il exigeait un enrichissement pour autoriser contre l'héritier une action à raison du dol du défunt. Il est, en effet, de règle qu'en matière de contrats l'héritier soit tenu du dol de son auteur sans qu'on ait à se préoccuper de l'existence d'un enrichissement. On répond à cette objection, qui tend à mettre Ulpien en contradiction avec lui-même, que la condition de l'enrichissement n'était exigée que quand le *rogatus* agissait par la voie de l'interdit *de precario*.

Telle est l'opinion de M. de Vangerow (1), qu'adopte aussi M. Machelard (2). Si, au contraire, le concédant use de l'*actio præscriptis verbis*, il peut, en vertu des principes généraux des contrats, demander compte à l'héritier du dol de son auteur, qu'il en ait ou non profité. La décision d'Ulpien est conforme aux principes du droit, étant donné le caractère de *negotium contractum* que l'on reconnaît au précaire dans le dernier état du droit ; cette décision fut définitivement admise, on en voit la preuve dans la constitution 2, au Code, 8, 9, qui décide que l'interdit *de precario* doit être donné contre les héritiers du *rogans*. M. Vernet (3), à propos de la responsabilité de l'héritier en cas de dol commis par son auteur, s'ex-

1. De Vangerow, Op. cit., p. 694, 50.

2. Machelard, Op. cit., p. 283.

3. Vernet, Théorie des obligations, p. 76.

plique d'une façon fort claire dans le sens que nous venons d'indiquer.

Ulpien, dans la loi 8, § 8, innove, et au lieu d'admettre cette innovation, certains esprits judicieux ont voulu concilier ce texte avec les décisions rapportées plus haut ; quant à nous, nous pensons qu'il faut voir dans la contradiction des textes que nous avons cités la trace du développement des idées romaines sur le précaire.

Les textes de Celsus, de Paul et de Papinien se refusant à admettre la transmission du précaire à l'héritier du concessionnaire, sont l'expression de la théorie Sabinienne ; au contraire, le texte d'Ulpien reproduit la doctrine Proculienne.

Le texte de Celsus nous présente la théorie ancienne, le précaire est un bénéfice personnel, il n'est donc pas transmissible. Puis vient le texte de Paul, qui refuse la transmission à l'héritier et par suite *nec interdicto locus est*. Cependant l'héritier reste en possession ; est-il désormais à l'abri de toute action ? Non. « *Et ideo persecutio ejus rei semper manebit*, et probablement aussi *interdictum de clandestina possessione*. M. Machelard fait remarquer à ce sujet que la conclusion de Paul n'est pas en rapport avec les prémisses. On ne voit pas pourquoi par un *ideo* Paul fait découler du fait que l'héritier possède clandestinement la conclusion : *persecutio ejus rei semper manebit*. » « A notre gré, dit M. Machelard (1), tout ce que « veut dire Paul, c'est que l'interdit *de precario* dont il

1. Machelard, Op. cit., p. 273.

« s'occupait dans les paragraphes précédents ne doit pas
« trouver place ici. L'héritier n'est pas admis à invoquer
« la position d'un précariste, avec les ménagements
« qu'elle comporte, de manière à n'être tenu de restituer
» que ce qu'il possède, sauf la responsabilité de son dol
« ou de sa *culpa lata*, de même qu'il ne peut prétendre à
« conserver les fruits qu'il aurait perçus jusqu'au mo-
« ment où il est poursuivi. Il est soumis indéfiniment à
« une action sur laquelle il devra tenir compte rigou-
« reusement de la chose et de ses accessoires, sans que
« les principes indulgents à l'égard du *precarium* lui
« soient applicables. »

Papinien reproduit l'opinion de Celsus et celle de Paul : l'héritier ne pourra être poursuivi par l'interdit *de precario* qui s'est évanoui en même temps que le précaire. Mais le vice qui affectait la possession du défunt atteint celle de l'héritier qui ne pourra jamais usucaper, quand bien même il serait de bonne foi (*ignorans*). Si la possession ne se transmet pas, les vices se transmettent, et c'est pour rendre plus saisissante la rigueur des principes que Papinien fait intervenir *heredem ignorantem*.

Nous arrivons enfin à Ulpien, qui classe le précaire parmi les contrats dans la loi 23, *reg. juris*. A cette époque, le précaire, tout à fait transformé, dévié de sa signification et de son but primitifs, est devenu un contrat innommé, muni d'une action qui sanctionne le lien contractuel créé entre les parties. Dès lors, la concession se transmet aux héritiers du précariste qui sont réputés

posséder au même titre que leur auteur, et en conséquence tenus de l'interdit *de precario*. Cette doctrine nouvelle était en harmonie avec la conception nouvelle du précaire ; c'est donc à l'histoire du précaire qu'il faut recourir pour concilier des textes qui, de prime abord, semblent inconciliables (1).

1. Voir Machélard, Op. cit., p. 275. Savigny, Op. cit., § 42. Puchta, *Cursus institutionum*, 8^e édit., t. II, p. 340.

CHAPITRE V

QUELS SONT LES OBJETS SUR LESQUELS PEUT PORTER LE PRÉCAIRE.

Sans avoir la prétention de nommer ici tous les objets ou droits susceptibles de précaire, nous indiquerons rapidement quelques uns des principaux.

1° Les choses corporelles mobilières ou immobilières peuvent être l'objet d'un précaire. Les premières sont celles qui peuvent être transférées d'un endroit dans un autre sans changer de forme ou de substance, les secondes, à l'inverse, sont celles qui ne peuvent être déplacées sans se détériorer. Il est incontestable que dès le principe le précaire s'appliqua aux immeubles ; les besoins spéciaux de l'époque où les patriciens concédaient à leurs clients des parties de l'*ager publicus* durent certainement le faire admettre et l'on en trouve la preuve dans un passage d'Isidore de Séville (1). Mais en ce qui concerne l'application du précaire aux meubles, les avis sont partagés : certains auteurs prétendent qu'au début il ne pouvait s'appliquer aux objets mobiliers ; ils s'appuient pour soutenir leur opinion sur un texte d'Ulpien où il est dit : « *In rebus etiam mobilibus, precarii rogatio constitit* » (2).

1. Isidore de Séville. Orig. v. 25.

2. Loi 4 Dig. h. t.

Le mot *constitit* employé par le jurisconsulte semble bien ici prouver que l'extension du précaire aux choses mobilières n'eut lieu que plus tard ; telle est la leçon d'Haloander et du manuscrit florentin. D'autres romainistes au contraire, et parmi eux M. de Savigny, prétendent que quelques manuscrits et éditions portent *consistit*, ainsi disparaîtrait selon eux, toute allusion à une modification apportée à l'institution que nous étudions. Quoiqu'il en soit, respectueux du texte inséré au Digeste, il nous semble que l'opinion de M. de Savigny est une pure conjecture.

Le précaire appliqué aux choses corporelles, transfère tantôt la possession (1), tantôt la simple détention (2). Dans le premier cas, les commentateurs l'appellent *precarium non simplex* ou *precarium lato sensu*, dans le second, *precarium simplex* ou *stricto sensu*. La possession dans le précaire trouvera sa place dans la deuxième partie de cette étude.

2° Le précaire peut porter sur une chose principale comme sur une chose accessoire ; rien que de très compréhensible à cela, la chose accessoire étant une dépendance de la principale sans laquelle elle ne pourrait exister. Un exemple de précaire constitué sur une chose accessoire, est celui que nous offre la loi 10 *de precario* : « *Quamvis ancillam quis precario rogaverit, id actum vide-*

1. Loi 4 § 1 Dig. h. t.

2. Loi 10 § 1. De poss. Dig. 41. 2.

tur ut etiam quod ex ancilla natum esset in eadem causa haberetur » (1).

3° Les choses fongibles, de même que celles qui ne se consomment pas par le premier usage sont susceptibles d'être concédées en précaire. Ici toutefois, il faut se rappeler que semblable au commodat en ce point, le précaire entraîne restitution *in specie*; il faut donc que la chose fongible ait été concédée en précaire *ad pompam et ostentationem* seulement (2).

4° La possession aussi bien que la quasi possession d'une chose était susceptible d'engendrer le précaire.

5° Le précaire peut avoir pour objet des choses incorporelles, comme l'emphytéose, la superficie et les servitudes. C'est au sujet du précaire appliqué à ces dernières que les objections les plus fortes se sont élevées; nous apporterons donc tous nos soins à ce cas.

Les textes sont formels pour nous dire : *Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est, et hac solummodo causa, quod preces adhibuit et impetravit ut sibi possidere aut uti liceat ; veluti, si me precario, rogaveris ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat, vel ut in tectum vel in aream ædium mearum, stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas* (3). La notion première de possession en droit romain, ne correspondait qu'à l'idée de propriété et n'existait pas sur les choses incorpo-

1. Loi 10 Dig. h. t.

2. Loi 6 § 9. Dig. 43. 6.

3. Loi 2 § 3 et loi 3. Dig. h. t.

relles ; cependant le prêteur dès le premier siècle de notre ère, sentit le besoin d'étendre une quasi-possession aux servitudes tant réelles que personnelles (1). Nous n'insisterons pas sur le développement de la théorie possessoire en ce qui concerne les choses incorporelles. Ce qui est hors de doute, c'est que le titulaire d'un droit peut bien transmettre à un tiers l'exercice de ce même droit et que la *possessio juris* fut reconnue au précaire. Le précaire à l'origine intimement lié à la théorie de la possession, parvint dans la suite à comprendre dans son domaine l'usage de droits autres que le droit de propriété ou le droit de possession.

En ce qui concerne les servitudes personnelles, l'usufruit seul, comportait l'établissement d'un précaire : « *Usufruituarius vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest : nam et qui locat, utitur et qui vendit utitur. Sed et si alii precario concedat, vel donet, puto eum uti : atque ideo retineri usufructum ; et hoc Cassius et Pegasus responderunt et Pomponius libro quinto ex Sabino probat* ». (2)

Dans cette hypothèse, il est à peine besoin de faire remarquer que l'objet de la convention n'est pas la possession de la chose elle-même qui appartient au nu-propriétaire et non à l'usufruitier, mais bien la *quasi-possessio juris*, l'exercice du droit d'usufruit. L'usufruitier que dans le texte ci dessus, nous voyons pouvoir louer ou

1. Loi 10 pr. Si servit vind. Dig. 8. 5. — Loi 20 Dig. 8. 1.

2. Loi 12 § 2. De usuf. Dig. 7. 1.

vendre l'exercice de son droit, peut certainement en faire l'objet d'une concession précaire. D'ailleurs cette combinaison ne porte aucune atteinte au principe général de l'incessibilité des servitudes. En effet, l'usufruit continue à résider sur la tête du titulaire, en ce sens qu'il continue à s'éteindre par la mort ou la renonciation de l'usufruitier à qui seul appartenait l'action confessoire.

Ainsi donc, le fait de concéder un droit d'usufruit à titre précaire est une convention parfaitement valable.

Tout autre était la situation de l'usager. Son droit est essentiellement personnel, en conséquence, l'exercice même n'en est pas aliénable ; la manière d'user des choses change avec les individus et l'*usus* est un droit concédé *intuitu personæ*. On permet par faveur à l'usager, lorsque son droit porte sur une maison, d'y recevoir son conjoint, ses amis, ses affranchis et toutes les personnes libres ou esclaves qui le servent (1), mais il lui est absolument interdit, au dire de Gaius — *jus ulli aut vendere aut locare, aut gratis concedere*. — Une concession de précaire sur le droit d'usage était donc impossible. Dans le principe, le droit d'habitation devait se confondre avec l'usage d'une maison, mais peu à peu, la jurisprudence le classa à part comme un droit original et accorda au titulaire le droit de louer à autrui sans habiter lui-même (2).

Probablement, dit M. Maynz, parce que l'habitation

1. Loi 2, De usu et habit, Dig. 7, 8.

2. Institutes, De usu et habit, § 5.

était considérée comme une aumône, il fut toujours défendu au titulaire du droit d'habitation de vendre ou de disposer à titre gratuit de son droit (1). Le précaire pouvait, semble-t-il, porter sur les *operæ servi* : « *In hominis usufructu operæ sunt, et ob operas mercedes* (2). » L'usufruitier d'un esclave qui ne jouissant pas lui-même des *operæ servi* pouvait les louer à un tiers, pouvait également, croyons-nous, les concéder en précaire.

Arrivant, après avoir passé en revue les servitudes personnelles, usufruit, usage, habitation, *operæ servi*, aux servitudes réelles, nous voyons se dresser devant nous de sérieuses difficultés.

Le précaire peut s'appliquer également aux servitudes réelles ; le Digeste nous mentionne les servitudes suivantes : *Iter, actus* parmi les servitudes rurales ; *stillicidii recipiendi, tigni immittendi, protegendi* parmi les servitudes urbaines (3). Le précaire appliqué aux servitudes prédiales, avait pour but de faciliter les rapports de bon voisinage ; on pouvait se montrer tolérant et rendre service tout en étant à l'abri des abus. Le droit prétorien avait admis l'acquisition des servitudes par la *præscriptio longi temporis* ; il y avait, il est vrai, controverse sur le point de savoir quel était le temps nécessaire pour cette prescription et si la bonne foi était exigée, mais l'existence d'une *justa causa* fut toujours reconnue obligatoire.

1. Loi 10, pr., De usufruc et habit, Dig. 7, 9.

2. Dig. 7, 8.

3. Loi 3, h. t. - Loi 15, § 2 Dig. h. t.

Les textes sont formels sur ce point ; le précariste ne pouvait donc se prévaloir de l'acquisition de la servitude qu'à la condition de prouver *se non precario possedisse* (1), chose qui était impossible en cas de concession précaire.

Le *rogatus*, qui se trouvait gêné par l'exercice d'une servitude par lui autorisée, pouvait y mettre fin à son gré sans avoir besoin de recourir à l'action négatoire. Tels sont les énormes avantages que présentait la constitution précaire d'une servitude prédiale ; d'un côté, acte de bienveillance pour le *rogans* ; de l'autre, pleine sécurité pour le *rogatus*.

Certains auteurs ont dit que le précaire ne pouvait servir à créer de véritable droit de servitude ; telle est l'opinion de M. Vangerow (2), mais il reconnaît qu'il peut servir à établir en fait des rapports dérivant en droit de la constitution de servitudes prédiales. Des inscriptions nombreuses nous relèvent l'existence de ces *quasi-possessions juris* (3). Une importante question, touchant les servitudes, nous reste encore à résoudre ; c'est de savoir si l'interdit *de precario* peut être employé pour opérer le retrait d'une servitude concédée à titre précaire. Il semble bien quelque rigoureux que puissent être les termes de l'interdit *de precario*, que la cessation de tout état de chose constitué à titre précaire peut être demandée au moyen de cet interdit. Toutefois, avant de nous appuyer sur la

1. Loi 10, Si serv. vind. 8, 5.

2. De Vangerow, op. cit. p. III, § 690.

3. Voir Bulling, Éditi perpetui quæ reliqua sunt.

loi 17 *communis prædiorum* qui a notre avis accorde l'interdit, il nous paraît bon d'indiquer la loi 1, § 11, *de itinere actusque privato*, sur laquelle on s'appuie pour soutenir tout au moins que l'interdit *de precario* serait superflu pour opérer le retrait d'une servitude concédée à titre précaire. Voici ce texte : « *Si tibi fundum precario concessero, cui via debebatur, deinde tu a domino fundi precario rogaveris, ut ea via ad eum fundum utaris, an noceat tibi exceptio, si adversus eum velis interdicere : a quo precario viam rogasti ? Et magis est ut noceat* (1)... » Ulpien se demande si l'exception tirée du précaire pourra être opposée au réclamtant qui ayant droit à la servitude *viæ*, intente l'interdit *de itinere* pour se faire maintenir en possession du droit concédé. — Mais si nous supposons, en intervertissant les rôles, que le concédant de la servitude veuille l'abolir, devra-t-il employer l'interdit *uti possidetis* ou l'interdit *de precario* ?

D'après M. de Savigny (2), les termes mêmes de l'interdit *de precario* n'ayant pour objet que la restitution d'une chose donnée, remise à une autre personne, ne sauraient convenir à l'hypothèse où il n'y a pas de tradition effective. D'après cet auteur, l'interdit *de precario* serait inutile, car celui qui accorde à un autre à titre précaire la permission de traverser son fonds et révoque plus tard cette faveur peut employer l'interdit *uti possidetis*. Le propriétaire comme possesseur a l'interdit *uti*

1. Loi 1, § 11, Dig. 43, 19.

2. Savigny, op. cit., § 46.

possidetis ; si le défendeur en possession de la servitude invoque à titre d'exception l'interdit *de itinere*, il verra cette exception paralysée par le demandeur qui répondra par une réplique basée sur le caractère vicieux de la possession.

Malgré l'argument de Savigny, un texte de Papinien semble bien accorder l'interdit de *precario* : « *Si precario*
« *vicinus in tuo maceriam duxerit, interdicto quod precario*
« *(habet), agi non poterit : nec maceria posita donatio servi-*
« *tutis perfecta, intelligitur : nec utiliter intendetur, jus sibi*
« *esse, invito te ædificatum habere : cum ædificium soli con-*
« *ditionem secutum, inutilem facit intentionem* (1).

Voici l'hypothèse prévue dans cette première partie : Deux propriétaires fonciers ont des propriétés voisines ; l'un, en vertu d'une concession précaire, élève un mur sur le fond du voisin. Il n'en résulte pas tout d'abord une donation ayant pour objet un droit de servitude, de plus il est impossible au propriétaire du fonds sur lequel le mur est élevé d'intenter l'interdit *de precario*, car en vertu du principe, — *omne quod inædificatur solo cedit*, — propriétaire du sol, il possède le mur et ne peut en conséquence réclamer au constructeur une possession qu'il n'a pas.

Dans la seconde partie du texte de Papinien ainsi conçue : « *Ceterum si in suo maceriam precario, qui ser-*
« *vitutem tibi debuit, duxerit, neque libertas usucapietur,*

1. Loi 17 *Communia prædiorum* Dig. 8. 4.

« *et interdicto quod precario (habet), utiliter cum eo agetur. Quod si donationis causa permiseris, et interdicto agere non poteris, et servitus donatione tollitur.* » L'hypothèse prévue est inverse de celle que nous venons de présenter : un propriétaire dont le fonds est grevé d'une servitude au profit d'un fonds voisin, élève sur son terrain une muraille, cette construction entravant l'exercice de la servitude dont il est débiteur, n'a pu être faite qu'en vertu d'une concession précaire émanée du propriétaire du fonds dominant. Si donc ce dernier veut faire cesser cet état de choses, opérer le retrait de la concession faite, il pourra recourir à un interdit, et le texte — *interdicto quod precario habet, utiliter cum eo agetur* — semble bien autoriser ici l'emploi de l'interdit *de precario*. Il faut remarquer que cet interdit *de precario* ne peut être intenté si la permission a été accordée *animo donandi* ; quant aux mots : *neque libertas usucapitur*, ils font allusion à un mode d'extinction spécial aux servitudes urbaines.

L'interdit *de precario* était donc, comme on le voit, admis dans une hypothèse où il n'était pas question de remise matérielle, de restitution, puisque le propriétaire du fonds dominant pouvait mettre fin à la servitude précaire en faveur du fonds servant, en obligeant le propriétaire débiteur de la servitude à détruire le mur qu'il avait élevé et qui mettait obstacle au libre exercice du droit de passage dont le fonds servant était grevé au profit du fonds dominant. Si comme le veut M. de Sa-

vigny, l'interdit *de precario* par son expression même — *restituere* — supposait nécessairement une remise matérielle, il faudrait le déclarer inapplicable dans le cas rapporté par Papinien, qui ne fait cependant aucune difficulté à l'admettre.

CHAPITRE VI

MODES D'EXTINCTION DU PRÉCAIRE

Le précaire prend fin de diverses manières :

1° Par la révocation. — En concédant le précaire, le *rogatus* a fait une libéralité ; c'est grâce à sa bienveillance que le précariste a commencé à posséder, c'est grâce à sa tolérance que le précaire continue à produire ses effets. Dans la définition même du précaire, on voit exprimée l'idée de l'incertitude de la durée de la jouissance du précariste. — *Tamdiu quamdiu, is qui concessit patitur*. Dès lors donc que le *rogatus* a manifesté l'intention de révoquer sa libéralité, le *rogans* est obligé de restituer, et pour triompher de sa résistance dans le cas où elle vient à se produire, le prêteur d'abord et plus tard le droit civil, donnent au *rogatus* plusieurs moyens juridiques. La révocabilité est de l'essence du précaire, et Pomponius ajoute : « *Et habet summam æquitatem ut eate- nus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus* (1) ». Toute clause contraire à la faculté arbitraire de révoquer est nulle (2). De même qu'aucune solennité

1. Loi 15 pr. Dig. h. t.

2. Loi 12 pr. Dig. h. t.

ne présidait à la formation du précaire, de même aucune forme spéciale n'était requise pour sa révocation. Le précaire, reposant sur un sentiment de bienveillance tout à fait personnel au concédant, il semblerait naturel que l'aliénation de l'objet concédé fit disparaître le précaire; cependant Ulpien dans la loi 8 § 2 h. t. nous dit qu'à défaut d'une volonté formellement manifestée, la révocation ne saurait s'induire de ce que le *rogatus* a aliéné la chose concédée en précaire. Cette décision d'Ulpien a son importance, car, contrairement à ce qui semble la conséquence des termes de l'interdit *de precario*, elle nous montre que l'acquéreur pourra agir en son propre nom sans être obligé d'intenter l'interdit au nom de son vendeur.

Le précaire concédé *ad certum tempus* prenait très certainement fin à l'expiration du délai convenu; mais il se produisait quelque chose d'analogue à la tacite reconduction en matière de louage, en ce sens que le silence du *dominus* à l'arrivée du terme *ad quem* faisait présumer de sa part une nouvelle concession; et si le précariste avait, antérieurement à l'arrivée du terme extinctif, demandé une prolongation, *non mutabatur causa possessionis sed in longius tempus proficiebatur* » (1).

L'empereur Théodose, dans l'intérêt de la sécurité sociale, établit une prescription extinctive qui s'accomplissait par le délai de 30 ans; dans l'hypothèse où nous

1. Loi 5, Dig., h. t.

allons ci-dessous nous placer en matière de précaire, il n'est question que de la prescription extinctive établie par Théodose ; il ne s'agit pas de la prescription trentenaire qui, dans le dernier état du droit romain, empêche, une fois le terme expiré, toute recherche des propriétés ainsi que l'exercice des actions dites perpétuelles, sans qu'il y ait à se préoccuper ni de l'existence d'un juste titre, ni de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur, ni de la distinction entre meubles et immeubles, ni du point de savoir si le possesseur et le propriétaire habitent ou non la même province.

Le précaire pouvant durer indéfiniment, même au-delà de la mort, du *rogatus*, il s'agit de savoir à quel moment dans le précaire commence la prescription extinctive ; le délai court-il à dater du refus de restitution ou à partir de la concession précaire accordée ? M. de Savigny (1) s'est rangé à la première de ces deux opinions ; M. de Vangerow (2), M. Machelard (3) ont soutenu la seconde en opposition à Savigny.

En tenant compte du progrès historique qui a transformé le précaire, on pourrait peut-être arriver à concilier ces deux manières différentes de voir. Si l'on regarde le précaire primitif garanti seulement par l'interdit de *precario*, il semble bien, conformément au principe : *actiones non natae non praescribuntur*, que le délai de la pres-

1. De Savigny, Op. cit., § 42.

2. De Vangerow, Op. cit., III, § 691.

3. Machelard, Op. cit., p. 270.

cription extinctive ne doit commencer à courir que du moment où on a refusé de restituer, car il est difficile d'admettre que la prescription puisse courir avant la naissance de l'action qu'elle doit paralyser. Si, au contraire, on examine le précaire transformé et muni de l'*actio præscriptis verbis*, le délai de la prescription courra à partir de la concession faite par le *rogatus*, car du moment où ce dernier concède un précaire, une action naît et est née à son profit.

On peut se demander quel intérêt le précariste ou ses héritiers auront à invoquer cette prescription. En effet, aucune prescription ne peut couvrir le vice dont la possession du précariste est entachée.

L'avantage consiste en ce que, après les 30 ans, la restitution comprendra ce qui est possédé par le précariste au moment de la réclamation du concédant, tandis qu'avant les 30 ans écoulés, le précariste doit restituer la chose *in specie*, telle qu'elle lui a été remise et de plus indemniser le *rogatus* de toutes les diminutions provenant de son dol ou de sa faute *dolo proxima*.

2° Le précaire prend fin par l'arrivée du terme pour lequel il avait été concédé. Comme nous avons déjà eu occasion de le voir, le précaire pouvait continuer tacitement après l'arrivée du terme ou être prorogé (1). La condition accomplie peut également être considérée comme un mode d'extinction du précaire. « *Pariter*, dit Pothier (2), *quum ad certam conditionem constitutum est pre-*

1. Loi 4, § 4, h. t. Loi 5, Dig., h. t.

2. Pothier, Pandectes, § 4, 2°.

rium, conditione adveniente solvitur. » Que la condition soit expresse ou tacite, peu importe ; dans les deux cas, elle produit le même effet. C'est ainsi que le précaire cesse dans deux cas qui nous sont signalés au Digeste : 1° si le débiteur qui a obtenu la concession précaire de la chose remise en gage paie ce qu'il doit (1) ; 2° si l'acheteur qui a obtenu la concession précaire de la chose vendue verse entre les mains du vendeur le prix de vente (2).

3° Par l'interversion, c'est-à-dire par tout événement qui fait que le possesseur ne détient plus en vertu de la concession originaire, mais en vertu d'une cause nouvelle.

Lorsque le précariste transmet la chose à un tiers par un titre translatif, il faudra rechercher si la transmission n'est pas le résultat d'un dol, mais l'acquéreur, en intentant les interdicts *uti possidetis et utrubi* contre le concédant qui trouble sa possession, n'est pas soumis à l'interdit *de precario* et ne peut voir sa prétention enervée par l'exception de précarité. Il ne peut joindre à sa possession celle de son auteur, car *ne vitiosæ quidem possessioni ulla potest accedere* (3), mais il pourra usucaper s'il remplit pour cela les conditions nécessaires.

Le concessionnaire commencera une possession utile pour l'usucapion si, de bonne foi, il traite avec un tiers

1. Loi 11, Dig., h. t.

2. Loi 20, Dig., h. t.

3. Loi 13, § 13, De acq. poss. Dig. 41, 2.

de la propriété de la chose possédée ; s'il est de mauvaise foi, la prescription trentenaire lui permettra de repousser la demande du concédant (1). Il est hors de doute que si le possesseur acquiert l'objet du propriétaire qui a fait la concession précaire, le vice de précarité disparaît.

Mais, au premier abord, ces solutions semblent contredire la maxime : « *Nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest* » ; il n'en est pourtant pas ainsi ; dans les cas que nous venons de citer, il faut avoir présent à l'esprit cette règle de Marcellus : « *Quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis mutare posse, credibile est de eo cogitatum qui et corpore et animo possessioni incumbens, hoc solum statuit, ut alii ex causa id possideret ; non si quis, dimissa possessione primâ, ejusdem rei denuo, possessionem ex alia causâ nancisci velit* » (2).

Nous avons assisté à la substitution effective d'une nouvelle cause de possession, à la cause originaire. L'interversion peut également se produire par la substitution de la simple détention, à la possession *ad interdicta* ; Pothier lui-même prend soin de nous le dire : « *Solvitur etiam precarium, si is, qui precario possidebat, ex alia causâ, rem possidere aut in ejus possessione esse cœperit* (3) ».

4^o L'adoption mettait fin au précaire et cela parce que l'adopté subissant une *capitis minutio*, devenait une per-

1. Loi 3, Code, De præs. XXX ann. 7, 39.

2. Loi 19, § 1, De acq. poss. Dig. 41, 2.

3. Pothier. Loc. cit.

sonne *alieni juris* et que l'adoptant, suivant les principes qui régissaient la famille romaine, était au lieu et place de l'adopté dans la concession précaire. Aux causes nombreuses d'extinction du précaire que nous avons énumérées, nous devons ajouter, la destruction ou la perte de la chose mobilière ou immobilière concédée en précaire. Si la perte ou la destruction est arrivée sans le dol du précariste, il est dégagé de toute obligation (1), mais nous savons par la formule même de l'interdit *de precario*: *si dolo malo fecisti ut desineres habere* — que dans ce cas il restait obligé; nous mentionnerons également la confusion ou réunion sur la même tête des qualités de précariste et de propriétaire.

Quant à l'effet sur le précaire, de la mort du *rogatus* et du *rogans*, nous en avons déjà parlé, nous n'y reviendrons donc pas ici.

1. Loi 8 § 5 Dig. h. t.

DEUXIÈME PARTIE

SECTION II

Du précaire considéré dans ses effets.

CHAPITRE I

QUI A LA POSSESSION DANS LE PRÉCAIRE

Le plus important des effets du précaire est sans contredit le transfert de la possession au précariste ; nous reviendrons dans un instant sur ce point important, nous proposant au début l'examen des effets secondaires qu'il engendre.

1° Possesseur de la chose, le précariste peut en user comme s'il était réellement propriétaire ; aucune restriction n'est apportée à son droit de jouissance. De la chose concédée, il peut tirer toute l'utilité dont elle est susceptible, sans toutefois pouvoir l'affecter à un usage qui en rendrait impossible la remise immédiate au concédant. Il bénéficie des fruits jusqu'au jour de la demande en restitution (1), mais en cela semblable à l'usufruitier, il n'ac-

1. Loi 8 § 4 Dig. h. t.

quiert pas les produits qui ne rentrent pas dans la classe des fruits, tel que le trésor. Quant au moment précis où les fruits sont acquis au précariste, nous pensons qu'il les acquiert au moment de la perception, lorsqu'il s'agit de fruits naturels, et jour par jour, proportionnellement au temps pendant lequel il aura joui du précaire, s'il s'agit de fruits civils.

2° Bénéficiant de tous les avantages qu'une chose peut procurer, il semblerait, en retour, que le précariste dût apporter un soin scrupuleux à la conservation de la chose ou du droit sur lequel le précaire a été établi. On aurait dû, semble-t-il, l'assimilant en cela au commodataire, le rendre responsable de la *culpa levis in abstracto* et lui imposer *exactissimam diligentiam*. Cependant nous voyons la loi 8 § 3 à notre titre, soumettre le précariste à une responsabilité beaucoup moindre que celle du commodataire : « *Illud adnotatur, quod culpam non præstat, is qui precario rogavit, sed solum dolum præstat, quanquam is qui commodatum suscepit, non solum dolum, sed culpam præstat* ». Ulpien explique cette faveur faite au précariste par la raison que : « *totum hoc ex liberalitate descendit, qui precario concessit* ». Cependant : *post interdictum editum oportebit et dolum et culpam et omnem causam venire*. — Le précariste sera en demeure. — On peut voir un exemple de faute *dolo proxima* par un texte d'Ulpien qui décide que le précariste qui a laissé perdre par le non usage un droit de servitude est tenu de l'interdit : « *Si servitude usus non fuit is qui precario rogavit, ac per hoc amissa sit*

« *videamus an interdicto teneatur? Ego arbitror non alias quam si dolo fecerit* (1) ».

Jusqu'à présent, nous n'avons vu les effets du précaire qu'à l'égard du concessionnaire ; il nous reste un mot à dire sur ses effets à l'égard du concédant. Le *rogatus*, en thèse générale, n'est jamais obligé par l'effet direct ou indirect de sa libéralité, et de plus il reste possesseur *ad usucapionem* ; après la rupture de la concession, il n'est pas, suivant quelques auteurs, obligé de rembourser au précariste, les dépenses que celui-ci aurait pu faire sur la chose. Aucun texte n'indique cette solution, mais M. Accarias (2), considérant que le précaire est une libéralité, estime que le concédant n'est soumis à aucune obligation positive et que le remboursement des dépenses, même les plus nécessaires, ne saurait lui être réclamé. En effet, on peut facilement croire que quand l'auteur d'une concession se réserve le droit de la révoquer *ad nutum*, il n'entend pas à plus forte raison être engagé par des liens d'aucune sorte. Cette façon d'envisager la question paraît la plus vraisemblable, mais, lorsque dans le précaire s'est introduit l'*actio præscriptis verbis*, maintiendrons-nous cette rigueur ? En l'absence de textes, nous pensons que le caractère de bonne foi de cette action, dût réfléchir sur les obligations des parties et que quand l'équité le demandait, le juge pût tenir compte des dépenses nécessaires et utiles, car il doit décider *ex*

1. Loi 8 § 5 Dig. h. t.

2. Accarias. Précis, p. 419.

æquo et bono, quantum æquius melius (1). Rentré en possession de sa chose, le *rogatus* en recouvre du même coup tous les avantages, il peut même, pour user de l'interdit *utrubi*, joindre à sa possession celle du concessionnaire (2). Il n'y a pas là contravention au principe qui prohibe toute accession à une possession vicieuse, en effet, le vice qui affecte la possession du précariste n'existe que par rapport au concédant et est purgé par le retour de la chose entre ses mains.

Nous arrivons maintenant au plus sérieux des avantages du précaire, nous avons nommé la possession.

La transmission de la possession au précariste est l'effet naturel du précaire : *Meminisse nos oportet, eum qui precario habet, etiam possidere*; pour qu'il en soit autrement, une convention expresse serait nécessaire (3). La possession, nous le savons, est en fait ce que la propriété est en droit; elle se compose de deux éléments essentiels, le *corpus* et l'*animus*; par *corpus*, il faut entendre le fait matériel de la détention; par *animus*, l'intention bien arrêtée de traiter la chose comme sienne. Quand le *corpus* et l'*animus* coexistent, ils constituent la véritable possession, la *justa possessio* qui fait présumer la propriété; mais souvent, ces deux éléments se trouvent séparés, une personne a le *corpus* quand l'autre a l'*animus*. La possession est donc à la fois un fait et un droit. Il est

1. Cicéron. Pro Roscio 5.

2. Loi 13 § 7 De acq. poss. Dig. 41. 2.

3. Loi 6 § 2 Dig. h. t.

de règle que toute possession est exclusive ; deux personnes ne peuvent posséder chacune pour le tout une seule et même chose. Mais nous avons pris soin de le dire à côté du *corpus*, fait matériel, existe un élément intentionnel, l'*animus* : pas de doute dans le premier cas, quand il s'agit de l'élément physique, de cette détention matérielle de la chose, deux personnes dans ce cas ne peuvent avoir une possession *in solidum* ; le jurisconsulte Paul prend soin de nous le dire : « *Plures eamdem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris...* (1), puis il ajoute : *Non magis enim eadem possesio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo ego sedeo. tu sedere videaris* ».

Si au contraire on considère la possession sous le rapport de l'*animus*, comme un droit, on peut admettre la possession appartenant en même temps à plusieurs : « *Sabinus tamen scribit, dit Paul dans le même fragment, eum qui peccario dederit et ipsum possidere et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probat, existimans posse alium juste, alium injuste possidere : duos injuste vel duos juste non posse; quem Labeo reprehendit : quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat, quod est verius* ». Nous voyons donc par le texte que nous venons de citer que les jurisconsultes

1. Loi 3 § 5 De acq. poss. Dig. 41. 2.

romains étaient partagés d'avis ; d'un côté Labéon et Paul enseignent que plusieurs personnes ne peuvent posséder *in solidum* la même chose ; de l'autre Sabinus et Trébatius prétendent qu'en cas de précaire, il faut faire fléchir la règle, *duo in solidum*. Ces deux derniers jurisconsultes d'accord sur le principe, se séparent cependant sur un point secondaire ; tandis que Sabinus admet sans aucune distinction la possession de plusieurs sur une même chose, Trébatius distingue entre la possession juste et injuste et dit que deux possessions justes l'une et l'autre ou toutes deux injustes ne peuvent concourir ; il faut, selon lui, que l'une soit *justa* et l'autre *injusta*. Nous nous expliquerons un peu plus loin sur ce qu'il faut entendre par ces qualificatifs — juste ou injuste appliqués à la possession.

Pomponius admet également pour le précaire la coexistence de deux possessions : « *Eum, qui precario rogaverit ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est? placet autem, penes utrumque esse hominem, qui precario datus esset; penes eum qui rogasset, quia possederat corpore. penes dominum quia non decesserit animo possessione* (1) ». Pomponius commence par affirmer que le précariste a la possession ; ensuite, signalant le doute qui s'était élevé sur le point de savoir si le *rogatus* avait aussi la possession, il tranche la question en décidant que l'esclave appartient en même temps aux

1. Loi 15 § 4 Dig. h. t.

deux personnes contractantes : au *rogans* parce qu'il détient *corpore*, au *rogatus*, parce qu'il n'a pas perdu l'*animus rem sibi habendi*. Au *rogatus* appartient la possession *ad usucapionem*; au *rogans* celle *ad interdicta*. Pour qui regarde la possession comme un fait physique, la décision de Pomponius est en contradiction avec celle de Paul; pour qui distingue les deux éléments *corpus et animus* séparés, cette solution de la loi 15 *de precario* est conciliable. M. Accarias (1) prétend que c'est l'opinion de Paul qui a prévalu puis il se demande quelle est la portée pratique de la divergence signalée entre Trébatius et Sabinus d'une part, Paul et Labéon d'autre part.

« C'est, dit-il, que dans la première opinion le précariste et le concédant peuvent tous les deux exercer
« contre les tiers, les interdits *retinendæ possessionis* tan-
« dis que la seconde opinion les réserve au précariste
« seul ».

On peut remarquer que les interdits sont accordés au précariste, moins peut-être dans son propre intérêt que dans celui du concédant qui échappe ainsi à la nécessité de surveiller sa chose.

Un mot seulement à présent sur ce qu'il faut entendre par ces mots *possessio justa*, *possessio injusta*. Était *justa* la possession qui avait pris naissance dans un titre conféré par la loi; était *injusta* celle qui avait été illégalement acquise. Dans un sens plus restreint et limité on peut

1. Accarias. Op. cit. I. p. 508, note 1.

dire que la *possessio justa* est celle qui n'a pas commencé *vi, clam aut precario*. M. de Savigny (1) prétend que la *possessio injusta* commence dès qu'il y a refus de restitution de la part du précariste, voici comment il s'exprime :
« La *precaria possessio* se présente de deux manières : tantôt l'abandon porte sur la simple détention, tantôt au contraire sur la possession juridique ; dans le premier cas, la possession n'est pas d'abord transférée, mais elle peut être acquise subséquemment par le refus de restituer la chose ; cette possession est évidemment *injusta* et ici l'interdit *de precario* reçoit son application comme interdit *recuperandæ possessionis*. Dans le second cas, la possession est transférée dès le commencement, *justa* en principe elle ne devient *injusta* que par le défaut de restitution ». Quant à nous, nous pensons, sachant par la loi 17 h. t. que le précariste peut défendre sa possession contre toute personne excepté le concédant, que la *possessio* du précariste est dès le début, *justa* envers les tiers, *injusta* à l'égard du *rogatus* sans qu'on ait à s'occuper du refus de restitution.

Nous avons parlé plus haut des modes d'extinction du précaire, nous n'y reviendrons pas : disons seulement que comme la possession s'acquerrait *animo et corpore*, on pouvait la perdre par la cessation soit du *corpus*, soit de l'*animus*, soit de l'un et l'autre cumulativement.

La possession précaire cessait donc :

1. Savigny. Op. cit. § 42.

1° *Corpore*. — Quand une chose mobilière avait été soustraite ou détruite ; quand le *precario rogans* avait été expulsé avec violence du fonds détenu.

2° *Animo*. — Quand on ne voulait plus posséder à titre précaire, ce qui se manifestait souvent par l'abandon de la chose *per longum tempus* (1).

3° *Corpore et animo*. — Quand le possesseur précaire remettait à une tierce personne avec l'assentiment du propriétaire une chose pour la posséder et quand le *constitutum possessorium* avait lieu ; le possesseur actuel ne restait plus qu'administrateur de la possession d'autrui (2).

Contre la validité du constitut possessoire on a fait une assez mauvaise objection tirée de la règle : *Nemo potest sibi ipse mutare causam possessionis*. Mais Celsus répond avec raison que le possesseur au lieu de changer la cause de sa possession cesse de posséder. (3)

1. Loi 37 § 1, De usucap. Dig. 41, 3.

2. Loi 15 § 2, Qui sat. cog. Dig. 2, 8.

3. Loi 18 pr. De acq. vel. amitt. poss. Dig. 41, 2.

CHAPITRE II.

ACTIONS QUI NAISSENT DU PRÉCAIRE.

Aussi longtemps que dure la tolérance du concédant, aussi longtemps persiste la possession du précariste, possession efficace à l'égard des tiers, impossible à opposer au *rogatus*. Que le concédant manifeste l'intention de révoquer sa libéralité, le concessionnaire doit immédiatement remettre ce qu'il détient précairement.

S'il se soumet de bonne grâce à cette demande de restitution qui lui a été adressée, tout se termine à l'amiable et le concédant reprend de suite à l'égard des tiers l'exercice des interdits qui avaient été pendant la durée du précaire à la disposition du précariste. Mais à côté de cette remise de possession volontaire de la part du *rogatus*, il pouvait y avoir de sa part résistance à la demande du *rogatus* et il est alors intéressant de connaître quels étaient les moyens à la disposition du concédant pour vaincre cette résistance.

A l'origine, le *rogatus* qui voulait reprendre sa chose était complètement désarmé pour contraindre le client déshonnête à céder la possession qu'il avait reçue. Le précaire primitif qui n'avait pas été considéré comme un *negotium contractum* était impuissant à engendrer une

obligation et une action ; une seule voie était ouverte au concédant qui voulait recouvrer sa chose, en cas de refus du précariste ; c'était la revendication, moyen pétitoire très périlleux à cause de la difficulté à prouver l'origine de propriété. Aussi, le *rogatus* recourait-il souvent à un procédé barbare, mais prompt et facile.

Sans faire examiner sa cause par le magistrat, le *rogatus* répondait par la violence au refus du précariste et se mettait par la force en possession d'une chose qui n'avait pas cessé de lui appartenir.

Ce moyen d'ailleurs dans l'ancienne jurisprudence romaine était parfaitement légal ; Gaius en reconnaît la valeur en disant : « *Qui vi aut clam aut precario possidet, ab adversario impune dejicitur !* (1) » L'emploi du mot — *impune* — nous fait bien voir que le concédant rentre en possession de sa chose, sans que la violence puisse en rien aggraver sa responsabilité ; toutefois la violence à main armée n'était pas tolérée. Ce procédé grossier ne devait pas subsister longtemps dans une société éclairée et civilisée.

Au bas-empire dès l'année 389 par une constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius (2), il fut décidé que celui qui aurait usé de la violence pour s'emparer d'une chose mobilière ou immobilière en perdrait la propriété, si la chose lui appartenait, et si elle ne lui appartenait pas, devrait la restituer et en outre en payer la

1. Gaius. Comm. IV. 154.

2. Loi 7 Code Unde vi 8. 4.

valeur. Avant de se faire justice à soi-même, il fallait avoir recours au magistrat. Justinien compléta cette sage mesure, et surenchérissant sur les peines déjà portées contre l'auteur de la violence, accorda sans distinction entre la *vis armata et la vis quotidiana*, l'interdit *unde vi* au précariste expulsé, qui pouvait ainsi ressaisir la possession, sans que dans aucun cas l'auteur de la violence pût lui opposer les exceptions *vi, clam, precario*.

Ulpien dans un texte au Digeste (1) rapporte l'avis de Cassius qui prétend : *vim vi repellere licere* — ; selon lui, le précariste expulsé aurait pu opposer sur le champ la violence à la violence, la force à la force ; néanmoins, voyant que les Institutes accordent l'interdit *unde vi* en cas de dépossession violente nous croyons qu'à l'époque de Justinien tout au moins, on ne peut employer ce procédé énergique.

Le préteur, sans attendre les réformes des empereurs avait, avec l'intention de protéger la possession pour elle-même, accordé au *rogatus* une voie de recours possessoire et lui avait offert le secours des interdicts. Très probablement le premier progrès fut de lui accorder le secours des interdicts *retinendæ possessionis*, c'est-à-dire les interdicts *uti possidetis et utrubi* ; il n'était pas nécessaire en effet dans ces interdicts que la possession fut actuelle, pourvu cependant que la possession de l'adversaire fut vicieuse à l'égard de l'autre partie.

1. Loi 1 § 27 De vi. Dig. 43. 16.

Certains interprètes, dit M. Accarias (1), prétendent que celui qui n'a pas actuellement la possession, doit toujours recourir à un interdit *recuperandæ possessionis* et ne peut jamais triompher dans l'interdit *uti possidetis*, même contre un adversaire dont la possession est viciieuse à son égard; cela nous semble contraire à la formule même de l'interdit *uti possidetis*, de plus, il nous semble que le *rogatus* (étant dit que la possession est acquise à celui qui a l'*animus*, un autre ayant le *corpus*) est bien réellement possesseur. Pomponius nous dit d'ailleurs : « *Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis, adversus omnes, præter eum quem rogavit uti potest* (2 . » Mais de quoi s'agit-il dans cet interdit? De reconnaître et de maintenir la possession de celui qui possède au moment de l'émission de l'interdit; pour que la possession soit opposable au concédant, il faut qu'elle soit exempte de tout vice à son égard et cela n'a pas lieu dans le cas actuel puisqu'à l'égard du *rogatus*, le *rogans* possède *vitiose*. Ainsi donc le concédant obtiendra par la voie possessoire la reconnaissance de son droit et aura gain de cause sur le concessionnaire.

La ressource des interdicts *retinendæ possessionis*, qui avait déjà apporté un si grand remède, fut néanmoins jugée insuffisante par le préteur qui créa bientôt l'interdit *de precario*, interdit qui permettait au concédant de recouvrer la possession dont il se trouvait privé entre

1. Accarias. Précis II. p. 4355 note 4.

2. Loi 47 Dig. h. t.

quelques mains qu'elle fût et quel que fût le temps pendant lequel la dépossession avait existé (1). C'était là un double avantage que l'interdit de *precario* présentait sur les autres interdits qui, d'une part, ne pouvaient utilement s'exercer qu'autant que le précariste était lui-même demeuré en possession, et d'autre part n'étaient accordés qu'*intra annum quo primum experiendi potestas fuerit*. Or cette *potestas* avait existé dès le début chez le concédant qui était libre de révoquer le lendemain la concession qu'il avait faite la veille. Il est évident que le délai fort court dans lequel se trouvait resserré l'exercice de ces interdits, n'était guère en harmonie avec la longue durée ordinaire des concessions précaires.

MM. Puchta (2) et de Vangerow qui font cette remarque, croient que l'avantage de l'interdit de *precario*, consistait principalement en ce que cet interdit aurait fourni au concédant un moyen d'agir même après une année écoulée depuis qu'il avait cessé de posséder. La loi 8, § 7, en effet, nous présente cet interdit comme pouvant être exercé après le délai d'un an : « *Interdictum hoc et post annum, competere Labeo scribit, eoque jure utimur. Cum enim nonnunquam in longum tempus precarium concedatur, absurdum est dicere interdictum locum non habere post annum.* »

M. Machelard (3) a beaucoup de peine à admettre l'o-

1. Loi 8 § 7 Dig. h. t.

2. Puchta. *Cursus Institutionum*. Tome II, p. 225.

3. Machelard. *Op. cit.* p. 279.

pinion de MM. Puchta et de Vangerow ; selon lui la limite d'une année dont il est question dans l'édit du préteur à l'occasion de l'interdit *uti possidetis*, n'est relative qu'à l'application des dommages-intérêts dont la cause ne doit pas remonter à une date supérieure à une année

« *Nec pluris, quam quanti res erit, intra annum agere permittam,* » ajoute le préteur après avoir posé la formule de l'interdit *uti possidetis*. Il fallait pour triompher dans cet interdit, nous l'avons déjà dit, que le plaignant pût invoquer un état de choses actuel, qu'il justifiât qu'au moment où l'interdit était sollicité, la situation était telle que la possession devait être reconnue en sa faveur.

« Or cette condition ne faisait pas défaut après plus d'une
« année de jouissance exercée par le *rogans* puisque sa
« possession n'était pas opposable au *rogatus*. » M. Accarias (1) fait mention de cette manière de voir relativement à l'*interdit uti possidetis*.

Après avoir indiqué rapidement que l'interdit *de precario* pouvait s'intenter *post annum*, nous devons dire également qu'il offrait l'avantage d'être efficace à l'égard du concessionnaire qui s'était mis par sa fraude ou par une grossière erreur dans l'impossibilité de restituer : « *Ait prætor : quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti ut desineres habere id illi restituas.* De plus, l'interdit *de precario* pouvait être intenté contre l'héritier de celui qui avait obtenu la chose en précaire, nous en trouvons un

1. Accarias. Op. cit. p. 4358 note 2.

exemple au Code : « *Habitantis precario heredes, ad restituendum habitaculum teneri, contra eos interdicto proposito, manifeste declaratur* (1). »

Nous pouvons ajouter au point de vue de la procédure que les interdits *retinendæ possessionis* rentrant dans la classe des interdits prohibitaires, on ne peut procéder que par *sponsio*; de plus les interdits *uti possidetis et utrubi* étant doubles en ce sens que chacune des parties soutient le double rôle de demandeur et de défendeur, il y a lieu à une double *sponsio* et à une double *restipulatio*. Au contraire, l'interdit *de precario* étant restitutoire, on peut procéder *per formulam arbitriariam* ou *per sponsionem* au gré des parties (2).

De même que le précaire avait son origine dans le droit des gens et dans celui qui découle de la droite raison, de même l'interdit *de precario*, *naturalem habebat in se æquitatem*.

Une question s'est élevée au sujet de l'interdit *de precario*, à savoir quelle est sa nature. Les auteurs sont loin d'être d'accord sur ce point; les uns veulent le classer au nombre des interdits possessoires, les autres le qualifient purement et simplement d'interdit restitutoire.

Examinons d'abord la formule de l'interdit *de precario* :

De precario.

Ait prætor : Quod precario ab illo habes, aut dolo malo

1. Loi 2 Code 8. 9.

2. Gaius IV. 144.

fecisti ut desineres habere, quâ de re agitur, id illi restituas (antequam ex jure exeas).

Formula arbitraria.

Judex esto : Si paret N^m N^m rem quâ agitur A° A° habere, dolove malo fecisse quo minus haberet, nisi ea res arbitrato tuo A° A° restituetur, quanti ea res erit, tantum pecuniam N^m N^m A° A° condemna, si non paret, absolvito. »

M. de Savigny, prétendant que la violation de la possession est la base de tout interdit possessoire, n'hésite pas à compter l'interdit *de precario* au nombre de ces derniers. Cette manière de voir de M. de Savigny avait été adoptée sans discussion par plusieurs auteurs allemands; elle a été récemment encore exposée par M. Windscheid, dans son manuel du droit des pandectes (1). Mais elle a été aussi l'objet de bien vives critiques de la part de romanistes qui tendent à donner de la possession des théories bien différentes de celle que M. Savigny a adoptée.

Bruns (2), Meischer (3), battent en brèche le système de M. de Savigny. M. Ihering (4) après avoir d'abord partagé l'opinion de ceux qui croient que l'interdit *de precario* est un interdit *recuperandæ possessionis*, en est

1. Windscheid. Lehrbuch den Pandekterrechts. 4^e édition.

2. Bruns. Actions possessoires. Weimar 1874.

3. Meischer. Besitz und Besitzchutz. Berlin 1876.

4. Voir Ihering. Du fondement de la protection possessoire. Traduction Meulenhère 1875.

arrivé sur ce point à une conviction contraire ; il s'appuie pour soutenir sa seconde façon d'envisager l'interdit *de precario* sur ce que :

1^o Dans les sources cet interdit n'est jamais désigné comme interdit *recuperandæ possessionis* ; aucun jurisconsulte n'a donné ce nom à l'interdit *de precario*, aucun ne s'est servi du mot *recuperare* à propos de cet interdit ; de plus, ni dans les Institutes (1), ni dans Gaius (2), ni dans les pandectes (3), ni dans Théophile (4), on ne le trouve joint à l'interdit *unde vi*, comme second interdit *recuperandæ possessionis*.

2^o L'interdit *de precario* manque dans les points les plus essentiels du caractère des remèdes possessoires ; ainsi il ne suppose pas nécessairement la possession dans le chef du concédant, on peut lui opposer l'exception *dominii* et celui qui se fait promettre la restitution du précaire par stipulation perd l'interdit *de precario*.

Ajoutons que le précaire peut n'avoir pour objet que la simple détention de la chose, et que, dans ce cas, il ne peut être question d'un interdit *recuperandæ possessionis* ; enfin la loi 1 § 1 à notre titre est formelle lorsqu'elle nous dit : « *Hoc interdictum restitutorium est.* »

L'interdit *de precario* était donné contre celui qui possédait ou détenait par l'effet du précaire sans se précoc-

1. Institutes IV. 15 § 6.

2. Gaius IV. 154.

3. Loi 2 § 3 De interd. Dig. 43. 1.

4. Théophile IV. 15 § 6.

cuper de savoir qui avait fait la *rogatio* (1). Il compétait également à celui qui avait fait la concession et à celui à qui la *rogatio* avait été adressée, que cette personne soit ou non le *dominus* de la chose concédée. Voici un texte d'Ulpien où ces propositions se trouvent développées : « *Quæsitum est : si Titius me rogaverit, ut re Sempronii utatur, deinde ego Sempronium rogavero ut concederet, et ille, dum mihi vult præstitum, concesserit. Titius a me habet precario et ego cum eo agam interdicto de precario. Sempronius autem non aget cum eo; quia hæc verba, ab illo precario habes, ostendunt, ei demum competere interdictum a quo quis precario rogavit, non cujus res est* » (2). Sempronius, le *dominus* ne pourra intenter l'interdit contre le concessionnaire Titius, car les mots : *ab illo precario habes* montrent bien que l'interdit n'appartient qu'à celui à qui la prière a été adressée, et, dans le cas actuel, Sempronius et Titius sont étrangers l'un à l'autre.

Le jurisconsulte poursuit ainsi : « *An tamen Sempronius mecum quasi a me rogatus interdictum habeat? Et magis est, ne habeat; quia non habeo precario, cum non mihi, sed alii impetravi; mandati tamen actionem potest adversus me habere; quia me mandante dedit tibi; aut si quis dixerit, non mandatu meo, sed magis mihi credentem hoc fecisse, dicendum est, in factum dandam actionem et adversus me.* » L'interdit ne peut être intenté contre moi qui ai fait la *rogatio* dans l'intérêt de Titius, *quia non habeo precario* ;

1. Loi 4 § 2 Dig. h. t.

2. Loi 8 pr. Dig. h. t.

Sempronius pourra agir contre moi par l'action de mandat, car c'est à ma demande que la concession a été faite à Titius. Si l'on conteste l'action de mandat de Sempronius, on lui reconnaîtra au moins une action *in factum*. Quand je serai actionné, je me retournerai contre le bénéficiaire Titius et intenterai l'interdit *de precario*. Ainsi donc, l'interdit compète à celui à qui la *rogatio* a été faite et qui a fait obtenir la concession précaire sans que l'on recherche s'il est ou non *dominus* ou possesseur.

Le résultat de l'interdit *de precario* est de remettre les choses dans leur état primitif; à défaut de restitution une condamnation pécuniaire sera prononcée *in tantum quantum interfuit actoris*.

Le précaire, nous le savons, envisagé à l'origine comme un pur état de fait, sanctionné seulement par la législation prétorienne, ne resta pas toujours en dehors du droit civil. Sous les efforts constants des Proculiens, la théorie des contrats innommés fut créée et le précaire profondément transformé, admis au nombre de ces contrats, fut muni d'une action de droit civil, l'*actio praescriptis verbis*. Sans entrer ici dans le détail de la formation des contrats innommés, et des controverses célèbres qui s'élevèrent entre les écoles Sabinienne et Proculienne, il n'est peut-être pas inutile de montrer l'esprit qui présida au développement de cette théorie.

Seuls pendant longtemps, les quatre contrats réels de *mutuum*, commodat, dépôt et gage furent reconnus par le droit civil et munis d'actions destinées à garantir l'obli-

gation de restitution à laquelle s'était soumise la partie au profit de laquelle la prestation avait été faite.

Mais à côté de ces quatre contrats, un grand nombre d'autres conventions plus ou moins analogues restaient sans protection. Quand on examine les diverses hypothèses dans lesquelles une prestation a été faite à une personne, on peut voir, bien que le nombre en soit infini, et ne puisse se limiter que par les limites mêmes de l'imagination humaine, qu'elles peuvent rentrer dans l'une de ces quatre catégories : *Do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, suivant que chaque obligation consiste dans une dation ou dans l'accomplissement d'un fait. Ce sont ces conventions qui n'ont été ni classées ni même reconnues par l'ancien droit civil, que l'on a désignées sous le nom de contrats innommés ; au nombre de ces derniers figure le précaire. Mais quelle était la valeur de pareilles conventions ? *Rebus integris*, une convention de cette nature n'engendre aucune action et n'est qu'un pacte nu dépourvu, d'effets juridiques ; quand une partie a exécuté son engagement, la situation est plus délicate ; les jurisconsultes respectant la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, admirèrent le créancier à répéter par une *condictio* la chose qu'il avait livrée dans l'espérance qu'une prestation lui serait faite en échange, lorsque le bénéficiaire se refusait à exécuter son obligation. Cette *condictio* appelée *condictio causa data, causa non secuta*, ne pouvait procurer directement l'exécution de la convention, mais simplement remettre les choses

dans l'état où elles se trouvaient auparavant (1). Elle était donc insuffisante ; aussi, frappés de cette lacune et des inconvénients qui en résultaient dans les relations sociales, les Proculiens (en opposition avec les Sabinien qui, pour suppléer à l'insuffisance de la *condictio causa data, causa non secuta*, assimilaient la convention à l'un des contrats reconnus par le droit civil et la protégeaient au besoin par l'action de dol) s'enhardirent-ils à étendre les principes du droit civil à des hypothèses analogues et créèrent-ils l'action *præscriptis verbis* destinée à faire respecter la convention. Le précaire contrat innommé *facio ut facias*, fut alors protégé efficacement ; le *rogatus* muni désormais d'une action civile et perpétuelle peut exiger du précariste l'exécution de son obligation.

L'action *præscriptis verbis*, non seulement sous le système de la procédure extraordinaire, mais également, croyons-nous, sous le système formulaire, put aboutir à la restitution en nature de l'objet concédé, et cela à cause de son caractère d'action arbitraire. Ce caractère qui, il est vrai, lui a été dénié, nous paraît résulter d'un texte de Papinien : « *Judicis officio obligatio promissa præstabitur, aut condemnatio sequetur* » (2). Le juge commencera par ordonner au précariste de restituer ; s'il obéit au *jussus*, il sera absous et le concédant recouvrera sa chose ; la condamnation pécuniaire n'aura lieu que si le *rogans* n'obtempère pas à l'*arbitrium judicis* qui, cepen-

1. De condict. causa data. Dig. 12, 4. — Ob caus. dat. Code 4, 6.

2. Loi 9, præscr. verb. Dig. 19, 5.

dant, pourrait s'exécuter *manu militari* (1). En plus, l'*actio præscriptis verbis* est de bonne foi ; Justinien dit dans ses Institutes que l'*actio præscriptis verbis* n'est de bonne foi qu'en matière d'échange et de contrat estimatoire, mais il ne faut rien voir là de limitatif.

Comment admettre, en effet, le caractère de droit strict à cette action sanctionnant le précaire si l'on reconnaît que les contrats innommés sont synallagmatiques ? Ulpien, dans la loi 2, § 2, de *precario*, est formel pour dire de cette action appliquée au précaire, *ex bonâ fide oritur*.

M. Accarias (2) dit que la décision d'Ulpien implique une obligation fondée sur un contrat synallagmatique ; pour lui, il est hors de doute que le précaire n'ait conservé son caractère le plus original, la révocabilité. « Alors, dit-il, la difficulté se concentre sur la double
« question de savoir si le concédant ne peut pas désor-
« mais, comme dans un commodat, se trouver obligé
« après coup, et si les héritiers du précariste continuent
« à ne point répondre du dol de leur auteur. Dans le si-
« lence absolu des textes, il est impossible de résoudre
« ces questions avec certitude. » Remarquons en termi-
nant, qu'indépendamment des garanties du droit préto-
rien et du droit civil, le *rogatus* avait un moyen excel-
lent de s'assurer la restitution de l'objet concédé, c'était
de revêtir la convention précaire de la forme de la stipu-
lation. Pomponius dit : « *Cum quis de re sibi restituendâ*

1. Loi 68, De rei vindic. Dig. 6, 1.

2. Accarias, Op. cit., p. 420.

cautum habet, precarium interdictum ei non competit » (1).
Le doute ne peut subsister sur l'application de la stipulation employée quand, avant les innovations des jurisconsultes, le *rogatus* n'avait à sa disposition que des moyens de recours insuffisants.

1. Loi 15, § 3, Dig., h. t.

APPENDICE

DES PRÉCAIRES AU MOYEN-ÂGE.

Les lois barbares et les lois canoniques nous offrent l'exemple d'une institution qui à première vue, semble la reproduction de la théorie romaine que nous venons d'étudier. Il est incontestable qu'outre la similitude des noms, ces deux institutions ont entre elles des liens de ressemblance, cependant de profondes différences les séparent. Sans vouloir faire ici l'histoire de ces concessions et étudier leur influence sur le régime féodal, nous rechercherons rapidement si le *precarium* du droit romain élargi et transformé a pu être l'origine de la *precaria* du moyen-âge.

Ces concessions émanées souvent d'un souverain, d'un seigneur ou d'un simple particulier prennent le nom de bénéfices ; mais faites par le clergé elles s'appellent *precaria*. Les biens des églises et des monastères étaient inaliénables, on pouvait cependant en concéder une jouissance temporaire. Ces concessions consenties pour un temps déterminé ou pour la vie du concessionnaire, n'étaient jamais absolument gratuites et presque toujours se résolvaient en un enrichissement pour le clergé.

Les *precaria* ne se présentaient pas toujours sous la même forme ; la plus ancienne paraît remonter à une constitution de l'empereur Léon, rendue en 470, mentionnée au Code de Justinien (1) et confirmée par les nouvelles 7 cap. 4 et 120 cap. 2.

Cette constitution autorisait les églises à céder temporairement l'usufruit de leurs terres ; mais à cette concession d'usufruit on ajoutait généralement une clause par laquelle le concessionnaire s'obligeait à l'expiration de sa jouissance à remettre en toute propriété entre les mains du clergé, outre l'immeuble reçu, un autre immeuble d'un revenu équivalent.

Un exemple nous fera bien saisir l'explication que nous venons de donner : « Je vous ai demandé et votre bonté
« m'a accordé de tenir par votre bienfait, cette terre qui
« est à vous ; en échange de cette jouissance et aussi
« pour le salut de mon âme, je vous ai fait donation de
« telle terre qui était ma propriété par héritage. Tant
« que je vivrai, j'aurai la tenure et la jouissance de ces
« deux terres ; je ne pourrai ni les aliéner ni en diminuer
« la valeur ni en tirer autre chose qu'un légitime usage ;
« à ma mort, l'une et l'autre seront reprises par vous. »
Telle est la formule de la demande, voici celle de la réponse : « D'après votre prière, notre bonté s'est résolue à vous faire le bienfait de notre terre ; de votre côté pour reconnaître notre bienfait, vous nous avez

1. Loi 14, Code 1, 2.

« fait donation d'un bien qui était à vous par alleu ; ce
« même bien vous nous l'avez demandé et nous vous le
« concédons à titre de bienfait, pour que vous en jouis-
« siez pendant votre vie, à votre mort, l'une et l'autre
« terre rentreront en notre puissance (1). »

Une seconde forme de concession se produit, lorsque le propriétaire d'un fonds, le donne à une église tout en s'en réservant par le même acte l'usufruit. Le donateur abandonne purement et simplement la propriété de son immeuble, se met à la discrétion du nouveau propriétaire qui lui confère l'usufruit à titre de faveur ; quelquefois et souvent moyennant un cens, modique il est vrai, mais impliquant bien la reconnaissance d'un droit supérieur.

Dans la suite, la concession temporaire de biens ecclésiastiques, put exister et se suffire à elle-même en dehors de toute donation ; elle s'étendit aux rapports de simples particuliers et devint dès lors d'un usage fréquent et utile pour les négociations. Le régime féodal où la terre joue un si grand rôle nous montre les petits propriétaires impuissants à se défendre eux-mêmes et cherchant à se mettre sous la protection du haut seigneur. Le faible dit au puissant qu'il implore : « Je donne et livre cette terre
« que je tiens d'héritage, que j'ai en alleu ; je la trans-
« mets en votre propriété perpétuelle pour que vous en
« usiez en toutes choses suivant votre volonté. » Puis il demande la possession bénéficiaire de cette terre qu'il

1. De Rozière. Recueil de formules usitées dans l'empire des Francs.

vient de donner : « Je vous adresse une supplication afin
« que votre bonté m'accorde de tenir cette même terre
« par votre bienfait. » Le seigneur à qui la terre a été
donnée et la prière adressée répond : « Vous occuperez
« ma terre en vertu de mon bienfait ; vous n'aurez le
« droit de la vendre ni de l'aliéner en aucune partie ;
« vous m'en payerez un cens d'une telle somme ; après
« votre mort, elle rentrera dans mes mains, sans que vos
« héritiers y puissent prétendre. (1) » Par les très som-
maires explications que nous venons de présenter et par
les exemples rapportés on a déjà pu voir que si les *pre-*
caria ont quelques traits d'analogie avec l'antique *preca-*
rium romain elles s'en séparent profondément en ce que
elles excluent la gratuité et la faculté de révocation *ad*
nutum.

M. Demante (2) a cru trouver un lien entre le précaire
du droit romain et les *præcarie-præstariæ* du moyen-âge.
Il s'appuie sur le texte d'Ulpien (3) qui nous montre la
combinaison du louage et du précaire ; au IV^e siècle le
preneur maintenu en possession après l'expiration du
bailest nommé détenteur précaire dans le sens que nous
donnons aujourd'hui à ce mot (4).

On ne peut s'expliquer, dit M. Demante, cette manière
de désigner les détenteurs de la chose d'autrui, qu'en

1. De Rozière, nos 331, 332, 339, 336.

2. Demante, Des précaires ecclésiastiques... Revue historique du
dr. fr., 1860.

3. Loi 10, De acq. poss. Dig. 41, 2.

4. Loi 2, Code, 7, 39.

reconnaissant que la combinaison du précaire et du louage était devenue d'une pratique usuelle; puis il justifie ce développement pratique en remarquant « que
« les principes sur les locations à long terme des fonds
« municipaux finirent par être pratiquées entre particu-
« liers. »

M. Fustel de Coulanges (1) a cru voir aussi l'origine des *precaria* du moyen-âge dans le précaire romain. Mais quelque séduisante que soit la théorie de l'éminent auteur de la cité antique, il oublie, nous semble-t-il, pour soutenir son opinion, que les deux caractères essentiels de l'institution romaine, révocabilité *ad nutum* et gratuité ne se retrouvent pas dans les *precaria* du moyen-âge.

La vérité, c'est que nous ne possédons aucune preuve certaine de la relation que l'on veut montrer entre ces deux institutions du même nom, mais d'essences dissemblables et qui ont eu pour but de satisfaire aux exigences de sociétés et d'époques différentes.

Nous ne pouvons voir dans les diverses théories émises à ce sujet que des conjectures fort ingénieuses, mais peu solides, et nous concluons de cette incertitude même que le *precarium* du droit romain n'a que fort peu de rapports avec les institutions de même nom que nous rencontrons dans les siècles suivants.

1. Voir Fustel de Coulanges, Origines au régime féodal, Revue des Deux-Mondes, 1873.

DROIT FRANÇAIS

DE

L'EXERCICE ET DE LA MISE EN MOUVEMENT

DE L'ACTION PUBLIQUE

PREMIÈRE PARTIE

DE L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE ET DES FONCTION-
NAIRES A QUI ELLE A ÉTÉ CONFÉE

CHAPITRE I

DES FONCTIONNAIRES AUXQUELS APPARTIENT L'EXERCICE DE
L'ACTION PUBLIQUE

L'action pour l'application des peines, n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi, porte l'article I^{er} du Code d'instruction criminelle.

Dans le projet soumis au Conseil d'Etat, cet article était rédigé un peu différemment : « L'action publique, y était-il dit, est exercée par les fonctionnaires établis à cet effet ». Cette rédaction ne parut pas suffisamment claire et M. Siméon, rapporteur de la commission, dut

en donner l'explication. Voici en quels termes il le fit :
« L'article tend à établir que l'application de la peine ne pourra être poursuivie par la partie offensée, mais seulement par le ministère public. » Ainsi expliqué, l'article fut adopté sauf rédaction par le Conseil d'Etat. On le reproduisit à la séance du 31 mai 1808, tel qu'il est rédigé aujourd'hui, et il passa sans observation. Le président de la commission de législation en donnait les motifs suivants : « Un des principes contenus dans les dispositions préliminaires de l'Instruction criminelle, mérite par son importance d'attirer un moment l'attention ; c'est celui qui établit l'action publique, sans distinction, contre tous les délits, et qui la rend indépendante de toutes les transactions et de tous les intérêts privés.... Le grand éclat que l'éloquence a répandu sur les accusations publiques n'a pu cacher à la postérité leur dangereuse influence ; leurs funestes effets introduisaient la vengeance privée dans la justice même qui avait pour objet de la prévenir. Nos lois modernes ont remis la poursuite des délits entre les mains des magistrats..., mais combien d'efforts il a fallu au législateur pour arriver au principe du nouveau Code ! »

Actuellement, il n'y a plus de distinction entre les délits — l'ancien droit français reconnaissait encore des délits privés et des délits publics. Désormais, en vertu des principes qui régissent notre code d'instruction criminelle, toute infraction à la loi pénale est la cause d'un trouble social en même temps qu'elle est, du moins le

plus souvent, la cause d'un dommage privé. Aujourd'hui toute infraction aux lois qui garantissent la liberté, la sécurité et la propriété des personnes, crime, délit ou contravention de simple police, donne indistinctement lieu à l'action publique, comme à l'action civile. De même que la loi pénale est applicable à tous les membres de la société, de même, l'action publique résultant d'un fait délictueux peut être exercée contre tous les crimes, délits et contraventions commis sur le territoire, sans avoir égard au rang, au titre ou à la nationalité des personnes qui peuvent en être les auteurs.

L'action publique et l'action civile, quoique résultant l'une et l'autre d'un même fait délictueux, doivent être indépendantes et ne pas s'influencer réciproquement. L'action civile, ayant pour but de réparer le préjudice causé à la victime du délit, doit appartenir à la partie lésée, qui peut à son gré, en régler l'exercice. — L'action publique, a pour objet la répression d'une atteinte portée à l'ordre social et la prononciation d'une peine contre l'auteur de cette infraction. C'est à la société qu'elle appartient et c'est à la société que revient le droit de l'exercer, soit par elle-même soit par ses délégués.

Ainsi, l'action civile et l'action publique, quoiqu'elles aient une source commune, n'appartiennent pas aux mêmes personnes et ont pour but de protéger des intérêts différents.

Il fallait que l'action publique fût indépendante des transactions et des intérêts privés, car il importe à la

conservation sociale et à la morale elle-même, qu'aucune atteinte à l'ordre public ne reste jamais impunie et que l'auteur de l'attentat soit châtié en raison du dommage qu'il a causé à la société et de la violation par lui commise des principes de morale et de justice absolue.

L'action publique appartient à la société, avons-nous dit, l'article premier du code d'instruction criminelle n'aurait donc pas dû s'exprimer comme il le fait : « L'action pour l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi. » Il aurait fallu dire : L'action pour l'application des peines n'appartient qu'à la société, mais comme la société ne peut exercer cette action d'une manière directe, elle en délègue l'exercice à des fonctionnaires désignés par la loi. Ces fonctionnaires constituent ce qu'on appelle le ministère public.

Montesquieu (1) au siècle dernier, parlant de cette magistrature, disait déjà : « Il existe une loi admirable qui veut que le prince établi pour faire exécuter les lois, propose un officier dans chaque tribunal, pour poursuivre en son nom tous les crimes, de sorte que la fonction des délateurs est inconnue parmi nous. »

Le ministère public est tout spécialement chargé à l'époque actuelle des fonctions d'accusateur public ; s'il n'en était pas ainsi, il faudrait favoriser la délation, la récompenser même, car ce serait le seul moyen d'empêcher les

1. Montesquieu. *Esprit des lois*. Liv. 6. Ch. 8.

coupables d'échapper à l'action de la justice. Le motif de l'intérêt public n'est communément ni assez vif, ni assez persévérant pour cette action, qui ne doit être ni suspendue ni ralentie, qui exige un courage capable de s'élever au-dessus des craintes, des affections, des préjugés. C'est trop peu faire pour la sûreté publique et le bon ordre que de la confier au zèle de chaque citoyen ; c'est d'ailleurs donner un prétexte dangereux aux passions particulières, toujours plus actives que celle du bien public. Il vaut mieux que les poursuites soient entre les mains d'un magistrat qui fera le même bien avec plus de force et moins d'inconvénients ; la justice à présent n'a plus à craindre d'être égarée par une poursuite passionnée ; elle n'est plus obligée de récompenser et d'encourager la délation ; le ministère public nous évite les maux endurés avant son établissement, et c'est par son organe que la société entière cite le coupable devant la loi.

Voilà les principes qui ont été admis par le législateur de 1808 et c'est à un corps judiciaire spécial, nommé collectivement ministère public, qu'a été délégué l'action publique dans toute sa plénitude.

Tout le monde sait quel lien intime existe entre la procédure criminelle et le droit public et politique d'un peuple. Suivant les expressions de M. Mangin (1) « le droit d'accuser, c'est-à-dire, de forcer un citoyen à se

1. Mangin. De l'action publique. Tome 1. N° 5.

justifier de l'imputation d'un délit ou d'un crime, et à lutter, faible et isolé, contre les forces réunies de la loi et de ses ministres, ne peut être qu'un des attributs de la souveraineté; l'exercice de ce droit, doit donc être en harmonie avec la constitution du pays où il s'exerce. »

Il en résulte que la délégation de l'action publique est faite d'après des règles différentes et d'une manière plus ou moins étendue, suivant la conception de l'État ou la forme de gouvernement que l'on adopte.

Nous n'avons pas ici l'intention de faire l'histoire du ministère public en France, mais nous devons cependant, afin de bien montrer l'étendue des pouvoirs qui lui sont attribués, quant à l'exercice de l'action publique, indiquer sommairement, les systèmes divers qui ont été pratiqués aux différentes époques de notre histoire, et le but que s'est proposé le législateur en édictant les dispositions qui régissent encore notre matière.

A Rome, la distinction des délits, en délits privés et délits publics, avait amené à reconnaître deux sortes d'accusations : l'accusation des parties lésées et l'accusation populaire. L'action contre les délits privés tels que les vols, les injures n'appartenait qu'aux personnes auxquelles ils avaient porté préjudice; il leur était loisible d'exercer cette action, devant les mêmes juges que les actions civiles, bien qu'il leur fût également permis de prendre la voie criminelle (1). Au contraire l'action con-

1. Loi 92. De furtis. Dig. 47. 2.

tre les délits publics, tels que l'homicide, le faux, la concussion, etc., appartenait à toute personne qui n'en était pas déclarée indigne par la loi : *Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur* (1). » Chaque citoyen pouvait se porter accusateur et poursuivre, il n'y avait pas de magistrature établie à cet effet ; c'était une charge commune que chaque citoyen regardait comme une portion de sa souveraineté.

Le principe de la liberté des accusations à Rome, s'explique par le désir impérieux des Romains de ne pas laisser échapper à l'action de la justice, le coupable d'un acte susceptible de troubler la paix et la sécurité de l'État, mais cette liberté des accusations était sagement tempérée, car les personnes privées, soit d'une manière absolue, soit d'une manière relative, du droit d'accuser étaient extrêmement nombreuses ; tels les condamnés, les faux témoins, ceux qui se désistaient d'une accusation (2), ceux qui possédaient moins de cinquante sous d'or, les femmes, magistrats, mineurs, etc., et de plus, les fausses accusations entraînaient l'infamie pour ceux qui les avaient formulées (3).

Mais malgré toutes les précautions prises pour assurer l'exercice régulier et loyal du droit d'accusation accordé à tous, les abus les plus graves se produisirent et sous l'Empire, quand la souveraineté fut passée des

1. Institutes. L. IV. T. 48. § 1. De publicis judiciis.

2. Macer. Loi 8. De accusationibus. Dig. 48. 2.

3. Pomponius. Loi 4. Dig. eod. tit.

maines des citoyens dans celles de l'Empereur, l'accusation ne fut plus un droit, une fonction publique, mais bien un trafic éhonté, un métier dégradant dont vécut la race infâme des délateurs. Cependant à côté de ces deux sortes d'accusation, il est facile de reconnaître dans l'histoire de Rome les traces d'une poursuite d'office. L'antique loi des XII tables elle-même avait créé des questeurs chargés de poursuivre les homicides ; ces magistrats étaient aptes à informer mais n'étaient pas investis du pouvoir de juger. Vers la fin de l'Empire d'autres magistrats chargés spécialement de la poursuite des délits sont établis, ce sont les *irénarques* dont les fonctions consistent à recueillir les preuves, faire les perquisitions et arrêter les coupables ; sous leurs ordres se trouvent placés les *curiosii*, les *stationarii*, magistrats secondaires, et au-dessus d'eux le préfet du prétoire chargé de l'administration de la justice dans l'Empire.

Dans la France primitive, l'accusation n'était exercée que par les parties lésées et dans leur intérêt personnel. Les lois barbares reconnaissaient le droit de vengeance privée, et si le roi intervenait dans la poursuite intentée par la partie lésée, ou les parents de la victime, c'était uniquement pour prélever sur la composition ou *wergeld*, la part qui était dévolue au fisc, c'est-à-dire le *fredum*.

A l'époque mérovingienne, le droit de poursuivre appartient encore exclusivement à la partie lésée et ce n'est que dans des cas exceptionnels, pour certains crimes de nature à troubler profondément l'ordre public, que les

coupables étaient poursuivis directement par le roi ou ses délégués, et frappés d'une amende au profit du fisc.

A l'époque carolingienne, ces exceptions se multiplièrent de telle sorte que les amendes finirent par former une partie importante du revenu des justiciers.

Au XIII^e siècle, le juge pouvait poursuivre d'office et sans le concours des parties au cas d'aveu et de flagrant délit. Peu à peu, « lorsque les citoyens laissèrent s'amolir entre leurs mains le droit d'accusation que la société leur avait confié, il fallut bien que la société privée de leur défense, trouvât quelque moyen de se défendre elle-même. Elle dut chercher sinon à détruire, du moins à éluder la maxime qui voulait qu'aucune poursuite ne pût être exercée sans un accusateur (1). »

Enfin le droit d'accusation publique passant avec les autres pouvoirs sociaux entre les mains de la royauté, fut délégué par elle à des fonctionnaires qui étaient obligés de dénoncer aux tribunaux les délits publics, c'est-à-dire, ceux qui étaient punis de peines afflictives et infamantes malgré toutes transactions ou renonciations des parties lésées. « Et ce fut une grande douceur apportée à la société humaine, dit Ayrault. Ainsi fut ôtée la licence vague et indéfinie de se rechercher et de s'entre-manger. »

C'est au XIV^e siècle qu'on voit apparaître le nom de l'institution du ministère public et se produire son principal caractère. M. Pardessus (2) constate que par un

1. Faustin-Hélie. *Inst. crim.* T. I. Ch. V. N^o 63.

2. Pardessus. *Essai historique sur l'organ. judic.* p. 190.

arrêt de 1314 il existait auprès des parlements un officier du ministère public chargé de poursuivre les crimes. Au XVI^e siècle l'institution du ministère public fut réglée par différentes ordonnances de 1522, 1553, 1586 ; c'est à cette époque qu'elle jette le plus d'éclat et que mue par un sentiment de justice, cette magistrature met en pratique la maxime que devait proclamer plus tard le cardinal de Richelieu « que le bien et le mal sont deux ennemis irréconciliables entre lesquels il ne doit y avoir ni *quartier* ni *échange*. »

Au XVII^e siècle l'ordonnance de 1667, consacra les usages antérieurs ; celle de 1670 que, Montesquieu qualifie d'admirable, créa définitivement l'institution du ministère public ; elle reconnut les procureurs généraux comme les premiers agents de la police judiciaire, les chargea de poursuivre les crimes, de veiller à la punition des coupables, d'assigner les témoins. « Aucune peine ne pouvait être prononcée sans la réquisition du ministère public ; c'est par application de ce principe qu'un parlement déclara qu'il y avait abus dans le jugement de l'official de Poitiers qui avait prononcé une condamnation corporelle dans l'intérêt public. (1) »

On distinguait encore les délits privés et les délits publics ; ceux-ci seuls étaient poursuivis d'office par le ministère public. Quant aux délits moins importants, la poursuite en était subordonnée à l'action de la partie lé-

1. Dalloz. V^o Ministère public, T. 32 § 8.

sée. Ajoutons que dans tous les cas où il y avait une partie civile, les poursuites se faisaient en son nom ; la partie civile, dirigeait l'instruction, et si le fait délictueux était de nature à exiger la poursuite du ministère public les procureurs du roi devaient intervenir et se joindre à la partie civile (1).

C'est ainsi qu'était réglé l'exercice de l'action publique au moment de la révolution de 1789.

L'Assemblée nationale, après avoir aboli toutes les institutions antérieures, avait établi une nouvelle organisation judiciaire. On discuta la question de savoir si le droit d'accuser, qui est un attribut de la souveraineté, serait accordé à tous les citoyens ou s'il serait délégué, et dans ce cas, il fallait décider à qui la délégation serait confiée, au Roi ou à la Nation ?

« L'accusation populaire, dit Thouret, le rapporteur de la loi à la séance du 4 août 1790, a de grands inconvénients. Quand tout le monde est chargé de veiller, il arrive un moment où personne ne veille, et quand chacun peut accuser, l'esprit de parti, les préventions vulgaires, les préjugés et les ressentiments individuels, peuvent trop aisément troubler la tranquillité publique, sous prétexte de l'assurer. Conservons donc le sage établissement d'un officier public chargé d'accuser. »

M. Brevet, qui présenta à M. Thouret plusieurs objections et qui, en principe, était de l'avis contraire, dut re-

1. Jousse, *Traité de justice criminelle*, T. 1 p. 576, Mangin, *Op. cit.*, n° 8,

connaître que dans l'état des mœurs, l'exercice de l'accusation par tout citoyen dans un intérêt public était impraticable : « J'avoue avec douleur, disait-il, que nous sommes indignes d'exercer ce premier droit du citoyen. Nous touchons de trop près encore à ces déplorables jours où l'égoïsme avait changé la société en une solitude affreuse ; où chacun ne voyait que sa famille dans l'état, et que soi dans sa famille ; pour qu'il puisse être sage de confier à chacun cette inspection mutuelle, cette censure active et inflexible, qui exige tout le désintéressement, toute l'énergie, toute l'intrépidité de la vertu. »

L'Assemblée nationale, grâce au raisonnement de Thouret qui la domina et l'emporta dans la séance du 10 août 1790, décida que l'exercice de l'action publique serait délégué ; puis, reconnaissant que le droit d'exercer cette action est un attribut de la souveraineté, elle décida que l'action publique serait directement déléguée par le peuple. Elle appliquait ainsi l'article 3 de la déclaration des droits de l'homme qui est ainsi conçu : « Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation : nul corps, nul individu, ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément. » « Si l'accusation publique, avait dit Thouret, au lieu de rester une action populaire, devient la commission d'un officier, peut-il rester douteux que cet officier est l'homme du peuple préposé pour l'intérêt de la nation à l'exercice de ses droits ? Il doit donc être un des fonctionnaires élus et nommés par le peuple ; car sa fonction est une de celles que le peuple a

spécialement intérêt de ne confier qu'à des hommes dont il soit sûr et qu'aucun intérêt différent du sien, ne puisse écarter de l'exacte observation de leur devoir. »

La décision de l'Assemblée nationale passa dans les articles 1 et 2 chap. V de la Constitution qui portèrent :
« Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le corps législatif et le Roi.

« La justice sera rendue gratuitement par des juges élus à temps par le peuple et institués par lettres patentes du roi qui ne pourra les refuser.

« L'accusateur public sera nommé par le peuple. »

Le gouvernement restait absolument étranger à la poursuite des crimes et des délits qui en vertu du décret des 16-29 septembre 1791 appartient aux juges de paix, aux accusateurs publics et aux commissaires du roi.

Le décret précité de 1791 organisa l'exercice de l'action publique comme suit : La plainte ou la dénonciation obligeait l'officier de police qui l'avait reçue, à faire comparaître l'individu dénoncé, à appeler les témoins, à constater et à apprécier les charges, et d'après leur nature et leur gravité, à statuer sur la prévention.

Si l'officier de police refusait de délivrer un mandat d'amener ou un mandat d'arrêt, le plaignant ou le dénonciateur pouvait présenter directement son accusation au directeur du jury. Si la procédure était renvoyée devant le directeur du jury, l'intervention de la partie continuait, l'acte d'accusation devait être dressé de concert avec elle ; si elle ne pouvait s'accorder soit sur les faits, soit sur la

nature de l'accusation, avec le directeur du jury, elle rédigeait séparément son acte d'accusation, et, si le directeur du jury ne trouvait pas le délit de nature à être poursuivi criminellement, elle pouvait dresser seule cet acte et saisir le jury (1).

Les juges de paix dans chaque canton étaient chargés des fonctions de la police de sûreté. En vertu des articles 1 et 3. Tit. 1, du décret des 16-29 sept. 1791 ; ils avaient la recherche et l'instruction des affaires, ils recevaient les plaintes, entendaient les témoins. Ils dressaient les procès-verbaux des délits et pouvaient commencer une information criminelle, soit d'office soit lorsqu'ils étaient saisis sur la plainte ou la dénonciation des citoyens. Ils mettaient en mouvement l'action publique, décernaient les différents mandats et dirigeaient les premières poursuites.

L'information édictée soit d'office, soit à la requête des parties arrivait devant le directeur du jury et ce n'est que lorsqu'elle avait été admise par le jury d'accusation, que commençaient les fonctions de l'accusateur public ; ce magistrat n'exerçait donc point l'action publique, il la soutenait seulement. Ainsi que nous l'avons dit, l'accusateur public était nommé par le peuple. Quant à ses fonctions elles étaient déterminées par l'art. 1 du titre IV de la loi des 16-29 sept. 1791 ainsi conçu : « L'accusateur public est chargé de poursuivre les délits sur les actes d'accusation admis par les premiers jurés, et il ne peut

1. Loi 16-29. Sept. 1791, 1^{re} partie. Titres V et VI ; 2^e partie, Titre I, art. 9, 10, 11 et 12.

porter au tribunal aucune autre accusation à peine de forfaiture. »

Les commissaires du roi étaient simplement chargés d'assister aux débats, de requérir l'application de la loi d'après la déclaration du jury et de faire exécuter le jugement.

Cette loi de 1791 avait le tort de confier une mission importante aux juges de paix qui isolés par canton, et n'ayant pas pour stimulant les réquisitions du ministère public, n'imprimaient pas à la direction des affaires dont ils étaient chargés l'énergie suffisante pour réunir les preuves nécessaires (1). Elle avait de plus réuni dans une même personne deux caractères essentiellement incompatibles, celui de partie poursuivante et de juge instructeur. Enfin on peut remarquer qu'il était illogique de donner à l'accusateur la mission de soutenir l'accusation alors qu'il lui était interdit de s'occuper des premières poursuites qui, peut-être, avaient été fort mal commencées.

Les fonctions de commissaires du roi furent supprimées par le décret du 20 octobre 1792 qui les réunit à celles des accusateurs publics ; mais le Directoire les rétablit sous le nom de commissaires du pouvoir exécutif, par la constitution du 5 fructidor an III. Le code des délits et des peines du 3 brumaire an IV apporta bientôt quelques modifications heureuses au système de la loi de 1791. L'article 4 de ce code décidait : « que tout délit donne

1, Boitard, *Inst. Crim.* n° 542,

essentiellement lieu à l'action publique, » principe qui s'il n'est pas formellement écrit dans notre code actuel d'Instruction criminelle, y est certainement renfermé implicitement. Les articles 5 et 6 distinguaient avec soin l'action publique de l'action civile et ne permettaient l'exercice de l'action publique qu'aux fonctionnaires spécialement établis à cet effet. La partie civile avait le droit de s'associer à l'exercice de l'action publique, mais non de l'exercer directement (art. 226 et 227).

Aux termes des articles 20 et 21 de ce Code, les commissaires de police, les gardes champêtres et forestiers et les officiers de gendarmerie étaient chargés de la recherche des infractions pénales. Les juges de paix et les directeurs de jury exerçaient le droit de poursuite de certains délits (art. 140, 141, 142) et étaient chargés de l'instruction. Les juges de paix étaient saisis, soit par une plainte, soit par une dénonciation officieuse ou procédaient d'office. Devant les tribunaux correctionnels, l'action publique devait être exercée par le commissaire du pouvoir exécutif, agent nommé par le Directoire et destituable.

Ce commissaire devait exercer les fonctions de ministère public, auprès du directeur du jury, magistrat chargé de rédiger l'acte d'accusation et de faire délibérer le jury sur son contenu. Enfin, devant les tribunaux criminels, l'accusation était portée par l'accusateur public.

Le Consulat qui succéda au Directoire rendit l'action publique au pouvoir exécutif qui l'exerça par l'intermédiaire de ses agents. La constitution de l'an VIII décidait

que le Premier Consul devait nommer tous les juges criminels et civils, les commissaires du gouvernement près les tribunaux, et que la fonction d'accusateur public près d'un tribunal criminel serait remplie par le commissaire du gouvernement.

La loi de l'an IX vint compléter la réforme indiquée par la précédente loi. « Le défaut le plus sensible de la législation antérieure, disait l'orateur du gouvernement lors de la discussion de la loi de l'an IX, c'est qu'au premier comme au deuxième degré de l'instruction, le même homme est tout à la fois chargé de poursuivre et de décider, de présenter les preuves et de les constater, c'est qu'en un mot, il réunit deux caractères que toute bonne législation a regardés comme incompatibles dans la même personne, celui de partie et celui de juge » (1) :

L'exposé des motifs s'explique aussi formellement : « Outre que cette réunion blesse toutes les convenances morales, elle ne présente qu'une garantie insuffisante et contre les coupables et en faveur de l'innocent. En effet, dès que dans cette matière, tout dépend d'un seul homme, que lui seul a le droit de poursuivre, de rassembler les preuves, d'en apprécier le mérite et de statuer sur le sort du prévenu, il est clair qu'il est en son pouvoir de lui nuire ou de le favoriser autant qu'il le veut ; et que la première instruction, les premiers jugements toujours si décisifs dans ce genre d'affaires, peuvent n'être souvent que le résultat de son caractère et de ses passions. »

1. Moniteur Universel. T. XXIII, p. 448.

Dans la discussion de la loi, M. Thiessé montra les inconvénients qui résultaient de la loi de 1791 à cause des pouvoirs exorbitants conférés aux juges de paix ; selon lui, on ne trouvait dans la police de sûreté, telle qu'elle était établie, ni cet ensemble de mouvement, ni cette unité d'action sans lesquels on espère vainement parvenir au calme et à la tranquillité. La conclusion des débats de la discussion de la loi de l'an IX, fut pour les juges de paix, la perte du droit de poursuite et de l'instruction ; de plus, cette loi établit au chef-lieu judiciaire un commissaire du gouvernement faisant fonction d'accusateur public près le tribunal criminel et dans chaque arrondissement du département, un substitut chargé de la recherche et de la poursuite de tous les crimes dont la connaissance appartient aux tribunaux criminels. Le directeur du jury était chargé de l'instruction. La loi avait essentiellement pour but de séparer le droit de poursuivre la cause, du droit de l'instruire.

Quant au droit de poursuite qui appartenait aux parties, l'orateur du gouvernement prit soin de dire que la loi n'apportait aucun changement au droit naturel qui appartient à tout homme de poursuivre la réparation du préjudice qui lui est fait, droit que reconnaissent les lois de 1791 et du 3 brumaire an IV, en donnant aux parties le droit de participer à la rédaction de l'acte d'accusation.

Après la loi de l'an IX, le sénatus-consulte du 28 floreal an XII organique de l'Empire vint confirmer les dispositions précédentes en déclarant dans l'art. 1^{er} : « La

justice se rend au nom de l'Empereur, par les officiers qu'il institue. »

Nous arrivons ainsi au Code d'instruction criminelle qui fut promulgué le 27 novembre 1808, et à la loi du 28 avril 1810 qui règlent aujourd'hui encore l'exercice de l'action publique et de l'action civile.

Le Code d'instruction criminelle, par son article 1^{er}, a d'abord enlevé aux parties lésées par un délit toute participation à l'action publique ; il ne porte pas, comme le Code du 3 brumaire an IV, que tout délit donne essentiellement lieu à une action publique, mais il n'en a pas moins adopté ce principe ; ceci résulte certainement de l'art. 4 qui décide que la renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique.

Le Code d'instruction criminelle a rendu ainsi l'exercice de l'action publique indépendant de tous les intérêts privés. Dans le projet soumis au Conseil d'Etat, on voulait accorder à la partie civile le pouvoir d'arrêter ou de suspendre la poursuite d'une contravention ou d'un délit, quand ceux-ci n'étaient pas de nature à blesser l'ordre public. Mais dans la crainte d'affaiblir un principe certain en faveur de quelques cas particuliers qui ne se présentent que très rarement, et aussi pour rendre l'action publique complètement indépendante des intérêts privés, on rejeta une pareille distinction.

Les magistrats auxquels la loi en donne le droit exercent donc seuls l'action publique. C'est par délégation

du pouvoir exécutif que les officiers du ministère public sont chargés de requérir, au nom de la société, l'instruction des infractions punissables, de rendre des conclusions pour l'application des peines et de surveiller leur exécution.

Nous pouvons indiquer immédiatement un principe qui a été soigneusement mis en lumière par les rédacteurs du Code d'instruction criminelle, et qui a été consacré par eux comme constituant une des garanties les plus certaines d'une bonne administration de la justice. Ce principe est celui de la distinction formelle du droit de poursuivre, les faits punissables et du droit de les constater. La qualité de juge et celle de partie sont des qualités incompatibles ; or le ministère public, adversaire du prévenu, demandeur dans toute poursuite criminelle et par conséquent partie, serait également juge s'il pouvait faire un acte d'instruction, si léger que fût cet acte. Le projet présenté au Conseil d'Etat donnait aux procureurs impériaux et à leurs substituts, à leur défaut, le droit de poursuivre, et, après avoir reçu la plainte des parties, d'entendre les témoins et de faire, pour constater le crime ou le délit, en découvrir ou en suivre les auteurs, toutes perquisitions, visites, procès-verbaux, etc., nécessaires. M. Bigot-Préameneu protesta :

« Le ministère public est partie, dit-il ; à ce titre il lui appartient de poursuivre, mais il serait contre la justice de lui laisser faire des actes d'instruction. » Cambacérès s'exprima ainsi : « On ne comprend pas bien comment la

partie adverse du prévenu peut devenir l'instructeur de l'affaire : on se rassure, dit-on, parce que les magistrats chargés du ministère public méritent confiance. En méritaient-ils moins autrefois ? Cependant on ne leur donnait pas un pouvoir aussi étendu. Leur erreur, dit-on encore, sera reconnue aux débats ; mais ignore-t-on quels funestes préjugés s'élèvent contre l'homme qui se trouve incriminé par les premiers actes de l'instruction. Il faut que la partie publique comparaisse devant le tribunal comme toute autre partie ; autrement dans des temps moins heureux, sous un gouvernement moins ferme, le procureur impérial serait un petit tyran qui ferait trembler toute la cité. »

M. Treilhard (1), au contraire, voulait que le ministère public eut le droit de commencer l'instruction. Ce système avait l'avantage d'accélérer la procédure, de ne pas laisser disperser les moyens de preuve, d'entendre les témoins avant qu'on ait eu le temps de les suborner, enfin de faciliter la recherche de la vérité par une instruction plus rapide.

Quelques heures de retard suffisent pour changer la face des choses et faire disparaître les traces du délit : or, disait M. Treilhard, c'est ce qui arriverait si le magistrat de sûreté était obligé d'attendre un juge d'instruction.

En tenant compte de ces observations, on décida que

1. Locré, t. XXV, page 125.

les officiers du ministère public ne seraient pas chargés de l'instruction des crimes ou délits dont ils auraient connaissance, soit par une dénonciation, soit par toute autre voie, si ce n'est dans le cas de flagrant délit. C'est ce qui résulte de l'art. 47 du Code d'Inst. crim. Pareillement l'article 64 du même Code édicte une défense formelle pour le ministère public de faire des actes d'instruction quand il enjoint au procureur de la République de transmettre au juge d'instruction, avec son réquisitoire, les plaintes qui lui sont adressées. Ces dispositions ont eu pour résultat d'assurer la célérité de la procédure, tout en prévenant les abus résultant du système adopté par les lois qui avaient précédé le Code d'instruction criminelle, et qui confondaient dans une même personne les fonctions de juge instructeur et celle du ministère public. C'est sur les observations de M. Berlier que les articles ci-dessus furent votés, et que notre Code, tout en admettant des exceptions pour seconder la promptitude de l'instruction, a pu contenir la règle fondamentale de notre droit criminel ; que le même fonctionnaire ne peut réunir le double caractère de partie poursuivante et de magistrat instructeur.

L'action publique appartient, avons-nous dit, aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi, mais quels sont ces fonctionnaires ? Voici, à ce sujet, quelles sont les expressions de Cambacérès au Conseil d'État lors de la discussion de la loi sur l'organisation judiciaire : « Le plan que l'on s'est proposé de réaliser est de donner

toute l'intensité possible au ministère public : dans cette vue, le pouvoir de poursuivre les délits est confié au procureur général et au procureur impérial ; les autres fonctionnaires ne l'exercent que sous leurs ordres, et pour faire apercevoir cette subordination et mieux fixer le système, on a cru devoir employer la dénomination de substitués. » C'est le plan qui a été adopté, en effet, et qui est réalisé par les articles 45 et 47 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire ; par les articles 22 et 26 du Code d'instruction criminelle, et enfin par l'article 144 du même Code.

Les fonctionnaires auxquels est dévolue l'exercice de l'action publique sont donc :

1° Les procureurs généraux près les cours d'appel, les avocats généraux et les substitués (1) ;

2° Les procureurs de la République et leurs substitués près des tribunaux de première instance (2) ;

3° Les commissaires de police, les maires et leurs adjoints chargés des fonctions du ministère public près les tribunaux de simple police (3).

Mais tous ces fonctionnaires n'exercent pas l'action publique avec la même étendue ; les uns jouissent de la plénitude de cette action, tandis que d'autres ne peuvent l'exercer que dans un certain genre d'affaires.

C'est aux procureurs généraux près les cours d'appel

1. Loi du 20 avril 1810; art. 6 et 45.

2. Art. 274; C. Inst. crim.

3. Art. 144, 145, C. Inst. cr.

qu'appartient la plénitude de l'action publique ; les autres fonctionnaires du ministère public établis près les tribunaux ne sont que leurs substituts placés sous leur surveillance et soumis à leurs ordres directs.

La loi du 20 avril 1810 dispose dans son article 6 : « Les fonctions du ministère public seront exercées à la Cour d'appel par un procureur général. » L'article 45 de la même loi ajoute : « Les procureurs généraux exerceront l'action de la justice criminelle dans toute l'étendue du ressort... ils auront la surveillance de tous les officiers de police judiciaire du ressort. » L'article 47 dit encore : « Les substituts du procureur général exercent la même action d'après les mêmes règles, sous la surveillance et la direction du procureur général. »

En parlant des avocats généraux, le décret du 6 juillet 1810, art. 42, s'exprime ainsi : « Les avocats généraux et les substituts ne participent à l'exercice des fonctions des procureurs généraux que sous la direction de ces derniers. »

L'action des procureurs généraux s'exerce donc sur tous les crimes, tous les délits et même les contraventions de simple police qui se commettent dans le ressort de la Cour d'appel, près de laquelle ils sont institués ; M. Treilhard, rapporteur du projet du Code d'instruction criminelle, ne se dissimulant pas l'importance de leurs fonctions, disait devant le Corps législatif : « Le procureur général est l'homme du gouvernement ; c'est son agent immédiat ; c'est lui qui le représente dans toutes les affaires

où le domaine de l'Etat est intéressé. Investi de sa confiance, c'est de son secours avec les Cours d'appel, qu'il attend le succès des nouvelles lois qu'il donne à la France, le repos et la sûreté de la grande famille ; ministre puissant et sévère, il doit être l'asile de l'innocence et la terreur des méchants ; il doit assurer le règne des lois, en signalant tous les abus qui pourraient les altérer. Les substituts du procureur général exercent les mêmes pouvoirs que lui, mais sous sa direction spéciale, car l'unité de ce ministère en fait la force et le principe, et son action, pour être bienfaisante et salutaire, doit être constamment la même. »

C'est principalement au Code d'instruction criminelle que se trouvent énumérées les diverses et nombreuses attributions aux procureurs généraux. Aux termes de l'art. 274, ils peuvent, soit d'office, soit par les ordres du ministre de la justice, charger le procureur de la République de poursuivre les délits dont ils ont connaissance ; d'après l'art. 275, ils reçoivent les dénonciations et les plaintes qui leur sont adressées directement, soit par les Cours d'appel, soit par un fonctionnaire public, soit par un simple citoyen, et en tiennent registre ; ils peuvent ordonner l'apport des pièces dans les matières criminelles, de police correctionnelle et même de simple police (art. 250), se pourvoir en cassation contre les arrêts (art. 216), donner aux magistrats, relativement à la police judiciaire, tous les ordres qu'ils jugent convenables (art. 27), etc. Plusieurs attributions, qu'il serait trop

long d'énumérer ici, leur sont encore confiées par les articles 178, 198, 249, 250, 271, 273, 276 et 298.

Deux qualités distinctes se trouvent réunies sur la tête du procureur général : il est l'agent du gouvernement et le représentant de la société.

Comme agent du gouvernement, le procureur général relève du ministre de la justice, organe légal et responsable du gouvernement pour tout ce qui concerne l'administration de la justice ; c'est à lui qu'il doit rendre compte de tous ses actes, qu'il doit en référer dans toutes les affaires qui l'embarrassent ; c'est par son intermédiaire qu'il peut correspondre avec les autres ministres (1). Comme représentant de la société, il reçoit, par délégation du pouvoir exécutif, la plénitude d'exercice de l'action publique, la loi lui confie la surveillance de l'administration de la justice criminelle dans toutes ses branches, le soin de veiller à l'ordre public, de ne pas laisser les crimes et les délits impunis en requérant l'application rigoureuse des lois. « La paix et la tranquillité des citoyens, disait Treillard, sont fondées sur leur courage et leur loyauté ; ils doivent veiller sans cesse afin que les autres reposent. »

Quant au ministre de la justice, investi, à l'égard des procureurs généraux comme à l'égard de tous les autres officiers du ministère public, non seulement du droit de surveillance et de discipline, mais encore du droit de

1. Mangin, *Op. cit.*, t. I, n° 88.

donner des ordres, il ne participe pas directement à l'exercice de l'action publique, qui, comme nous l'avons dit, a été déléguée d'une façon absolue aux procureurs généraux ; en conséquence, ces magistrats n'ont pas besoin, pour commencer les poursuites, d'avoir reçu une autorisation préalable du ministre, et celles qu'ils auraient intentées contrairement aux instructions par lui données ne cesseraient pas pour cela d'être régulières.

Si, sur l'ordre du ministre de la justice, les procureurs généraux ont commencé des poursuites, une question s'élève, question qui est de savoir s'ils sont tenus à l'audience de conclure dans l'intérêt de la poursuite.

Il résulte d'une discussion qui eut lieu au Conseil d'Etat (1) que les procureurs généraux, une fois la poursuite entamée, restent maîtres de leur opinion. En tant qu'officiers du ministère public, ils doivent se conformer aux ordres du ministre de la justice ; sans cela, il n'y aurait pas de hiérarchie reconnue ; mais nul ordre ne peut enchaîner leur conscience. — La déférence que les procureurs généraux doivent aux ordres de leur chef est limitée aux seuls actes d'instruction ; nul ne peut leur prescrire de requérir une condamnation.

M. Treilhard, dans la séance du 16 août 1804, s'exprima ainsi : « Le procureur général est obligé de se conformer aux ordres qu'il reçoit pour entamer les poursuites ; ensuite, il devient l'homme de la justice et les

1. Loaré, t. XXIV, p. 405.

ordres supérieurs ne règlent plus ses conclusions. » Ce principe, reconnu par le Conseil d'Etat, est le vrai, le seul qui puisse concilier ce qu'exige l'intérêt du gouvernement avec le respect dû à la conscience et à la dignité des magistrats du ministère public.

Le vieil adage : La plume est *serve*, la parole est *libre*, résume bien ce principe. La plume est *serve*, c'est-à-dire que le supérieur hiérarchique, le ministre de la justice, peut imposer aux procureurs généraux de faire tel acte, d'intenter telle action, d'interjeter appel, d'introduire un pourvoi en cassation ; mais quant à leurs conclusions, la parole est *libre* en ce sens qu'elles ne peuvent lui être imposées, qu'elles doivent être l'expression de sa conscience et de sa conviction intime.

Les procureurs généraux exercent sur leurs substituts, sur les procureurs de la République, les mêmes droits que le ministre de la justice exerce à leur égard.

On peut voir là, outre un acte de dépendance, une conséquence nécessaire de la direction qui doit régir l'action publique. Quant à la responsabilité des actes, responsabilité soit morale, soit légale, elle repose entièrement sur le supérieur dont l'ordre émane.

Les substituts des procureurs généraux, créés pour le service des audiences des Cours d'appel, portent le titre d'avocats généraux. Ils n'ont pas d'autorité propre et personnelle, ils n'exercent l'action publique qu'en vertu d'une délégation expresse ou tacite des procureurs généraux. Cela résulte directement de l'art. 42 du décret du

6 juillet 1810. — Les procureurs généraux les attachent à la chambre à laquelle ils croient leurs services le plus utile ; soit à la chambre civile, soit à la chambre criminelle. Quant aux substituts du parquet, ils sont spécialement chargés, sous la direction des procureurs généraux, de l'examen et des rapports sur les mises en accusation, ils rédigent les actes d'accusation, portent la parole aux audiences de la cour d'assises du chef-lieu de la Cour, assistent les procureurs généraux dans toutes les parties du service intérieur du parquet (art. 45). En cas d'absence, d'empêchement, et toutes les fois que les travaux du parquet l'exigent, ils sont suppléés et aidés par des avocats généraux (art. 52).

Du principe que l'exercice de l'action publique n'appartient pas personnellement aux avocats généraux ni aux substituts du parquet, il résulte que les actes faits par eux, tels que mise en mouvement de l'action publique, appel interjeté, pourvoi en cassation ne sont valables qu'autant qu'ils ne sont pas désavoués par les procureurs généraux ; mais jusqu'à preuve contraire ces subordonnés des procureurs généraux sont censés agir de son consentement et en vertu des délégations qu'ils ont reçues de lui.

Près les tribunaux de première instance, l'action publique est exercée par les procureurs de la République. Aux termes de l'art. 6 de la loi du 20 avril 1810, les substituts des procureurs généraux, établis près les tribunaux de première instance, portent le nom de procureurs im-

périaux. L'article 43 ajoute : « Les fonctions du ministère public seront exercées près les tribunaux de première instance, par un substitut du procureur général qui a le titre de procureur impérial, et par des substituts du procureur impérial dans les lieux où il sera nécessaire d'en établir. »

Les procureurs de la République sont soumis à la surveillance du procureur général et doivent obéir à sa direction (1). « Ils sont tenus, aussitôt que les délits parviennent à leur connaissance d'en donner avis au procureur général près de la Cour d'appel et d'exécuter ses ordres relativement à tous les actes de police judiciaire (2) ». Suivant l'expression de M. Treillard, le procureur de la République est l'œil du procureur général, comme le procureur général est l'œil du gouvernement. « C'est par le résultat d'une communication active et fidèle, du procureur de la République avec le procureur général, disait-il dans l'exposé des motifs du Code, et du procureur général avec le ministre de la justice, que peuvent être connus les abus qui se glissent dans les institutions, la tiédeur qui s'empare des personnes, l'insouciance qu'on peut pardonner à un particulier, mais qui est un vice dans le magistrat ».

Les procureurs de la République, jouissent dans l'étendue de leur ressort, de la plénitude de l'action pu-

1. Art. 279. Code Inst. Cr.

2. Art. 27. Code Inst. Cr.

blique pour la poursuite des crimes et des délits. C'est qu'en effet, bien qu'ils soient qualifiés de substituts du procureur général par l'art. 6 de la loi du 20 avril 1810, les procureurs de la République reçoivent par plusieurs dispositions formelles de la loi, une délégation directe et personnelle de l'exercice de l'action publique. Ils exercent donc cette action en leur nom personnel, et non pas au nom du procureur général, comme les avocats généraux ou les autres substituts du procureur général.

Les procureurs de la République sont chargés de la recherche et de la poursuite de tous les délits dont la connaissance appartient aux tribunaux de police correctionnelle et aux Cours d'assises (1).

Pour assurer l'exécution de cette disposition, les articles 29 et 30 du code d'instruction criminelle décident « que toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public, qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquerra la connaissance d'un crime ou d'un délit, et toute personne qui aura été témoin d'un attentat soit contre la sûreté publique, soit contre la vie ou la propriété d'un individu seront tenus d'en donner avis sur-le-champ au procureur de la République près le tribunal dans le ressort duquel ce crime ou délit aura été commis ou dans lequel le prévenu pourrait être trouvé, et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».

1. Art. 22. Code Inst. Cr.

C'est au procureur de la République que les officiers de police doivent renvoyer les dénonciations, procès-verbaux et autres actes par eux faits dans les cas de leur compétence (1), ainsi que les dénonciations qui leur sont faites de crimes ou délits autres que ceux qu'ils sont directement chargés de constater (2). Après quoi le procureur de la République transmet ces dénonciations procès-verbaux et autres actes, avec les réquisitions qu'il juge convenables, au juge d'instruction. Ce dernier, hors le cas de flagrant délit, ne peut faire aucun acte d'instruction ou de poursuite, s'il n'a été saisi par le réquisitoire du procureur de la République (3) et avant de lui avoir donné communication de la procédure (4).

Enfin le procureur de la République peut, dans tous les cas saisir de la connaissance d'un délit le tribunal correctionnel par la seule citation qu'il donne au prévenu (5) et il a le droit d'interjeter appel du jugement. Les procureurs de la République ont donc personnellement l'exercice de l'action publique, ils sont soumis il est vrai à la surveillance du procureur-général, et doivent obéir à sa direction. Mais dit M. Mangin (6) : « Le procureur général n'a qu'un droit de direction purement administrative qui n'agit ni sur la validité ni sur l'omission des actes qui sont de la compétence du procureur de la République.

1. Art. 53. Code Inst. cr.

2. Art. 54. Code Inst. cr.

3. Art. 59. Code Inst. cr.

4. Art. 64. Code Inst. cr.

5. Art. 182. Code Inst. cr.

6. Mangin. Op. cit., I, n° 94.

En cas d'empêchement, le procureur de la République sera remplacé par son substitut ou s'il y en a plusieurs, par le plus ancien, dit l'art. 26. C. Inst. cr. Les substituts du procureur de la République, participent donc à l'exercice de l'action publique, mais nous croyons qu'ils ne peuvent l'exercer que sur la délégation du procureur de la République dans les cas et pour les actes que ce magistrat leur désigne. Le procureur de la République se trouve alors investi à leur égard du même droit de direction que le procureur général à l'égard des avocats généraux et des substituts du parquet.

Cette opinion a été repoussée par M. Faustin-Hélie (1) et soutenue par M. Mangin (2). Quant à la Cour de Cassation elle a rendu des arrêts où elle reconnaît aux substituts le droit d'exercer toutes les fonctions du procureur de la République, sans avoir besoin d'un mandat de ce magistrat (3).

Nous ne pouvons examiner ici en détail les éléments de la discussion, mais nous croyons que la théorie soutenue par M. Mangin est bien la seule conforme à l'esprit de la loi et aux principes d'unité et de hiérarchie qui sont la base de l'organisation du ministère public.

Aux termes de l'article 144 du Code d'instruction criminelle modifié par la loi du 27 janvier 1873, « les fonctions de ministère public pour les faits de police, seront

1. Faustin-Hélie. Op. cit., I, n° 496.

2. Mangin. Op. cit., I, n° 94.

3. Cassation. 29 mars 1822. ; 14 mai 1825 ; Dalloz, volume 4, p. 278.

remplies par le commissaire du lieu où siégera le tribunal. S'il y a plusieurs commissaires de police, au lieu où siège le tribunal, le procureur général près la Cour d'appel nommera celui ou ceux d'entre eux qui feront le service.

« En cas d'empêchement du commissaire de police du chef-lieu, où s'il n'en existe point, les fonctions du ministère public seront remplies, soit par un commissaire résidant ailleurs qu'au chef-lieu, soit par un suppléant du juge de paix, soit par le maire ou l'adjoint du chef-lieu, soit par un des maires ou adjoints d'une autre commune du canton, lequel sera désigné à cet effet par le procureur général pour une année entière, et sera, en cas d'empêchement, remplacé par le maire, par l'adjoint ou par un conseiller municipal du chef-lieu de canton. »

Les officiers du ministère public près les tribunaux de simple police exerçaient l'action publique contre toutes les contraventions de police qui sont de la compétence du tribunal duquel ils dépendent ; aujourd'hui aux termes de l'art. 138 du Code d'Inst. cr. : « La connaissance des contraventions de police est attribuée exclusivement au juge de paix du canton dans l'étendue duquel elles ont été commises. »

Les officiers du ministère public près les tribunaux de simple police ont reçu une délégation directe de la loi et ne sont pas les substituts du procureur de la République.

La Cour de cassation, par arrêt du 6 août 1824 (1), a décidé que les procureurs de la République sont entièrement étrangers aux tribunaux de simple police. Ils n'exercent l'action publique que dans les cas où ces matières sont portées devant les tribunaux correctionnels, soit en appel (2), soit en premier ressort (3), lorsque la partie civile n'a pas demandé le renvoi devant le tribunal de simple police ou quand ils veulent se pourvoir en cassation contre un jugement rendu par le tribunal correctionnel à l'occasion d'une matière de police. Dans tous les autres cas, les officiers du ministère public près les tribunaux de simple police, exercent l'action publique devant ces tribunaux et ont seuls le droit de l'exercer. Mais ils l'exercent sous la surveillance du procureur général. On s'est demandé à ce sujet, si ces officiers n'étaient pas les substituts du procureur général : ce magistrat ayant la plénitude de l'action publique même en matière de simple police, dans toute l'étendue du ressort de la Cour d'appel, on pourrait soutenir que les fonctionnaires chargés du ministère public près les tribunaux de simple police sont les substituts du procureur général, mais cette opinion, qui a été d'ailleurs repoussée par M. Faustin-Hélie (4), nous paraît en contradiction avec l'article 144 du Code d'instruction criminelle. Cet article en effet délègue direc-

1. Voir Dalloz. Vo Ministère public, n° 42.

2. Art. 174, Code Inst. cr.

3. Art. 192. Code Inst. cr.

4. Faustin Hélie. Op. cit., p. 501.

tement et personnellement l'exercice de l'action publique aux officiers du ministère public près les tribunaux de simple police, et s'il donne au procureur général le droit de choisir entre plusieurs commissaires, celui qui doit siéger comme officier du ministère public près le tribunal de police, il ne dit pas du tout que cet officier exercera l'action publique sous la direction du procureur général. Si ce dernier a le droit de les surveiller, c'est en vertu du principe que ce magistrat est le dépositaire de l'ordre public et qu'il a la surveillance de l'administration de la justice dans le ressort de la Cour d'appel à laquelle il est attaché.

En mentionnant les fonctionnaires auxquels est confié l'exercice de l'action publique, nous n'avons pas à dessein indiqué le procureur général près de la Cour de cassation; en effet, il ne participe à l'exercice de l'action publique que dans quelques cas limitativement déterminés, quand il s'agit d'un pourvoi en cassation (1), d'une demande en révision (2), d'une dénonciation contre un tribunal entier (4), du renvoi d'une affaire d'un tribunal à un autre (4). En dehors de ces cas le procureur général près la Cour de cassation n'exerce pas l'action publique mais la dirige (5).

1. Articles 441 et 442. Code Inst. cr.

2. Art. 443. Code Inst. cr.

3. Articles 485 et suivants. Code Inst. cr.

4. Art. 542 et suiv. C. Inst. cr.

5. Art. 84. S. S. C. 16 thermidor an X.

CHAPITRE II

DES ADMINISTRATIONS QUI PARTICIPENT A L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE.

Le principe posé par l'article 1^{er} du Code d'instruction criminelle, portant que l'action pour l'application des peines, n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi, a reçu quelques notables exceptions; en effet, l'action publique a été partiellement déléguée à quelques administrations qui sont tout particulièrement chargées de veiller aux intérêts du fisc. Les administrations en possession de ce droit, sont celles des contributions indirectes, des douanes, des forêts et des ponts et chaussées.

1^o Administration des contributions indirectes.

Le droit de l'administration des contributions indirectes de participer à l'action publique, s'induit soit de l'article 23 de l'arrêté du 5 germinal an XII qui en l'autorisant ainsi que le fait l'article 10 de l'ordonnance du 3 janvier 1821 à transiger sur les délits passibles d'amendes et de confiscations, semble par le fait même lui accorder le pouvoir de poursuivre l'application de ces peines ;

soit des articles 28, 31, 34 et 36 du décret du 1^{er} germinal de l'an XIII.

Non seulement la jurisprudence décide que le droit de poursuivre la répression des contraventions aux lois sur les contributions indirectes appartient à la régie, mais elle reconnaît que ce droit n'appartient qu'à elle seule, exclusivement aux officiers du ministère public (1). M. Mangin (2), qui soutient cette doctrine, en tire plusieurs conséquences : 1^o Quand le procureur de la République dirige lui même les poursuites, le tribunal doit le déclarer non recevable dans son action (3) ;

2^o Le ministère public est non recevable à se pourvoir en cassation contre un jugement qui acquitte le prévenu (4).

3^o Le ministère public étant sans qualité pour poursuivre la répression des contraventions commises en matière de contributions indirectes, le contrevenant acquitté sur ses poursuites peut être actionné de nouveau devant les tribunaux par la régie, sans qu'il en résulte une violation de la règle — *non bis in idem* (5).

Ces règles, comme il est facile de le remarquer, s'appliquent à toutes les matières qui ont été placées dans les attributions de la régie postérieurement aux décrets

1. Cass. 24 fév. 1820 ; 11 nov. 1826 ; Dalloz, v^o Impôts indirects, nos 487 et 488.

2. Mangin. Op. cit., n^o 41.

3. Cassation, 26 août 1823 ; 18 janvier 1828 ; Dalloz, v^o Impôts indirects, nos précités.

4. Cassation, 25 août 1827, Dalloz, vol. 27, pag. 601, n. 3.

5. Rennes, 9 déc. 1846, Dalloz, 1847, 4, 112.

de l'an XII et de l'an XIII. C'est ce que jugent les arrêts précités des 26 août 1825, 11 novembre 1826 et 25 août 1827. M. Faustin Hélie (1) combat la doctrine professée par M. Mangin par les considérations suivantes : L'article 90 de la loi du 5 ventôse an XII invoqué par cet auteur, ne fait pas autre chose qu'attribuer aux tribunaux correctionnels la connaissance des contraventions prévues par cette loi ; l'article 23 de l'arrêté de 5 germinal an XII n'est pas plus décisif, il autorise, il est vrai, l'administration à transiger et par suite à éteindre l'action publique, mais il ne s'en suit pas que le ministère public, avant même qu'il soit intervenu aucune transaction, se trouve privé du droit d'agir. Le concours du ministère public et de la régie pour les poursuites, semble bien résulter de l'art. 34 du décret du 1^{er} germinal an XIII aux termes duquel « dans le cas où le procès-verbal portant saisie d'objets prohibés serait annulé pour vice de formes, la confiscation des objets doit être néanmoins prononcée sans amende sur les conclusions du poursuivant ou du procureur de la République. » De plus, suivant M. Faustin-Hélie, de ce que les lois des 6-22 août 1791 et 1^{er} germinal an XIII font considérer les amendes et les confiscations prononcées en matière fiscale, comme étant établies à titre de réparations civiles, il ne s'en suit pas qu'elles manquent du caractère pénal ; enfin c'est au ministère public qu'appartient en

1. Faustin-Hélie, *op. cit.*, II, p. 236.

droit commun la poursuite de tous les délits, et pour lui retirer ce droit, il faudrait un texte positif.

Malgré toute l'autorité dont jouissent les doctrines de M. Hélie, il ne nous semble pas possible de faire prévaloir son opinion en présence des nombreux arrêts qui ont déclaré le ministère public non recevable, soit à poursuivre des délits commis en matière de contributions indirectes, soit à se pourvoir contre un arrêt ou jugement rendu en cette matière (1).

Voici un arrêt de la Cour de cassation en date du 25 août 1827 qui nous semble décisif : « Vu les articles 90
« de la loi du 5 ventôse an XII, 19 et 23 de la loi du 5
« germinal suivant ; — Attendu que les réquisitions du
« procureur du roi avaient pour objet de faire appliquer
« aux défendeurs à la cassation les peines émises par
« la loi du 28 avril 1816, contre ceux qui font circuler
« des boissons sans s'être munis de congé ; qu'il s'agissait,
« par conséquent, d'une contravention aux lois sur les
« contributions indirectes ; — *Attendu que la poursuite de*
« *ces contraventions ne peut être faite d'office par le minis-*
« *tère public ; qu'elles n'appartiennent qu'à l'administration*
« *qui a la faculté de s'abstenir ou de transiger* ; d'où ré-
« sulte que dans l'espèce les réquisitions du procureur
« du roi étaient non recevables ; qu'il est également non
« recevable à se pourvoir en cassation contre le juge-
« ment, puisque la loi ne lui accorde aucune action en

1. Paris, 20 mai 1837. Dalloz, volume 27, p. 588, note 2.

« cette matière ; — Déclare le procureur du roi non recevable dans son pourvoi. »

Nous pensons donc que c'est la doctrine professée par M. Mangin qu'il faut faire prévaloir ; cet auteur nous cite un arrêt de la Cour rendu sur son rapport le 18 janvier 1828 et ainsi conçu : « Attendu sur le premier chef de
« l'arrêt attaqué, qu'aux termes de l'article 90 de la loi
« du 5 ventôse an XII et de l'article 23 du décret du 5
« germinal an XIII, *le droit de poursuivre la répression des*
« *contraventions aux lois sur les contributions indirectes*
« *n'appartient qu'à la régie*, qu'ainsi l'arrêt attaqué s'est
« exactement conformé à la loi.

« La Cour rejette le pourvoi du procureur général
« contre le chef de l'arrêt qui réforme le jugement du
« tribunal correctionnel de Besançon, et déclare le ministère public non recevable dans ses poursuites contre
« le nommé X^{***}, prévenu d'avoir débité du vin sans
« déclaration préalable et sans licence. »

Les deux arrêts que nous venons de citer, ne peuvent, croyons-nous, laisser place au doute.

En matière de contributions indirectes, une atteinte est apportée à la règle que la régie peut seule, à l'exclusion du ministère public, exercer les poursuites ; c'est en matière de contraventions relatives à la garantie des matières d'or et d'argent.

La loi du 19 brumaire an VI relative à ce sujet reconnaît dans son article 102 que le ministère public a le droit de dénoncer aux tribunaux les contraventions

commises à la marque des ouvrages d'or et d'argent. Il a été jugé que le décret du 1^{er} germinal an XIII, en autorisant la régie à poursuivre directement les contraventions commises en matière de droits réunis n'a point rapporté cet article 102 (1).

Mais le ministère public ne peut-il poursuivre les infractions à la loi du 19 brumaire an VI que si les employés en matière de garantie les ont constatées dans un procès-verbal ? La question n'est pas nettement tranchée ; des arrêts de cassation ont pris parti dans des sens différents (2).

Quant à nous, adoptant l'opinion de M. Mangin, nous pensons que le ministère public, n'a qualité pour poursuivre les contraventions en matières d'or et d'argent qu'autant qu'elles ont été constatées par des procès-verbaux émanés, soit des employés des bureaux de garantie, soit de ceux des contributions indirectes, et que remise lui a été faite de ces procès-verbaux. Ce droit reconnu au ministère public, n'empêche pas, il faut le noter, la régie de poursuivre directement.

A la différence de ce qui a lieu en matière de contributions indirectes, la régie conformément à un décret du 28 floréal an XIII, ne peut transiger sur les délits et con-

1. Cassation, 13 février 1806. Dalloz, 1846, 2, 59, note 3.

2. Pour : Cassation, 28 avril 1855. Dalloz, 1856, 5, 305.

Le Sellyer. *Op. cit.*, N° 429.

Faustin Hélie. *Op. cit.*, N° 1362.

Contre : Orléans, 13 nov. 1839. Dalloz, 1846, 2, 60. Cassation, 6 août 1848. Dalloz, 1848, 5, 274.

traventions, concernant la garantie des matières d'or et d'argent.

Disons en terminant que les tribunaux saisis de poursuites relatives à la garantie des matières d'or et d'argent, ne peuvent comprendre dans l'instruction, ni atteindre par leurs jugements d'autres chefs de contravention que ceux qui leur ont été déférés par les procès-verbaux qui peuvent seuls servir de base à l'action publique.

2º Administration des douanes.

De même que celle des contributions indirectes, l'administration des douanes a le droit de poursuivre la réparation des délits attentatoires aux intérêts qu'elle a mission de conserver ; mais ici le droit de poursuite qui lui est donné, n'exclut pas l'exercice d'un droit semblable de la part du ministère public.

L'étendue d'action du ministère public varie suivant que les délits à poursuivre appartiennent à la juridiction correctionnelle ou à la juridiction des juges de paix ; dans le premier cas, son pouvoir s'exerce dans toute sa plénitude ; dans le second cas, il est nul.

En effet, les lois des 22 août 1791 et 4 germinal an II, qui reconnaissent à l'administration des douanes le droit de poursuivre les contraventions devant le juge de paix, sont muettes touchant l'action du ministère public ;

seules les lois de 1816 et 1818 en parlent, mais il ne s'agit que de délits (1).

Voici un arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1837 qui fait ressortir d'une façon bien formelle la distinction que nous venons de présenter : « Attendu que
« d'après les lois des 22 août 1791 et 4 germinal an II,
« toutes les contraventions en matière de douanes doivent
« être poursuivies devant les juges de paix par la régie
« des douanes ; que ces lois n'ont donné aucune action
« à cet égard au ministère public ; — Que par des lois
« postérieures et notamment par les articles 45, 48, 65,
« de la loi du 28 avril 1816, 34 et 37 de celle du 21 avril
« 1818, la connaissance de certaines contraventions de
« douanes a été attribuée aux tribunaux correctionnels et
« l'action pour leur répression accordée au ministère
« public, etc... »

Deux motifs semblent justifier la distinction établie par la Cour de cassation : 1° C'est que l'action des douanes devant le juge de paix, bien qu'elle aboutisse à une amende ou une confiscation, a un caractère purement civil. 2° C'est que si le ministère public, en matière de contraventions soumises à la justice de paix, avait le droit d'action, il paralyserait souvent la faculté des transactions entre l'administration et les délinquants.

L'administration des douanes, nous le savons, participe à l'exercice de l'action publique, mais elle n'y par-

1. Loi 28 avril 1816, art. 41, 45, 66, Loi 21 avril 1818, art. 34, 35, 37,

ticipe que pour l'application des amendes et de la confiscation et non pour celle de l'emprisonnement, en ce sens qu'elle n'est pas plus recevable que toute autre partie civile à réclamer la peine de l'emprisonnement, et à attaquer un jugement parce qu'il n'aurait pas prononcé contre le prévenu une peine corporelle. Quand il s'agit d'amende et de confiscation, l'action des douanes, sans exclure celle du ministère public, peut être regardée comme principale et directe ; quand au contraire il s'agit d'emprisonnement l'action de la régie disparaît devant celle du ministère public ; cela semble bien résulter d'un arrêt rendu en matière de douanes par la Cour suprême et duquel il résulte : « Que l'emprisonnement est une
« peine personnelle dont l'application ne peut être pour-
« suivie que par les fonctionnaires chargés de l'action
« publique. » Dans tous les cas, la régie peut au moyen d'une transaction faire tomber l'action publique, sans qu'il y ait lieu de distinguer, ainsi que le fait M. Legraverend (1) entre les peines pécuniaires et corporelles, c'est ce qui semble résulter des motifs d'un arrêt de cassation en date du 30 janvier 1820 qui n'établit aucune distinction entre ces deux peines.

M. Faustin-Hélie a parfaitement défini en matière de douanes les rôles respectifs de la régie et du ministère public, nous ne saurions donc mieux faire que de lui laisser la parole sur ce point : « L'administration des dou-

1. Legraverend. Op. cit. I. p. 615.

nes, dit-il, n'est, comme celle des contributions indirectes, qu'une partie civile à qui la loi a attribué, dans l'intérêt du Trésor, le droit de poursuivre la répression de certains faits de fraude. Elle exerce donc partiellement l'action publique en ce qu'elle peut requérir, à l'égard de ces faits, l'application des peines légales. Mais le ministère public qui exerce cette action tout entière, comprend nécessairement dans ses attributions, l'attribution partielle qui a été déléguée à la régie, puisque la loi ne l'en a pas formellement exclu. Les condamnations que la régie requiert, il pouvait donc les requérir, et ce n'est que pour suppléer à son intervention, et non pour la remplacer, que l'administration a été investie de ce pouvoir exceptionnel. »

Le motif de la différence qui existe entre l'action du ministère public en matière de contributions indirectes et son action en matière de douanes, tient très probablement à ce que les affaires de douanes ont un caractère de gravité que ne présentent pas d'habitude celles des contributions indirectes.

3° *Administration forestière.*

L'administration forestière exerce concurremment avec le ministère public l'action publique pour la répression des délits et contraventions commis dans les bois et forêts soumis au régime forestier ; elle tient ses droits des articles 19, 182 et 189 du Code d'instruction criminelle

et des articles 159, 183 et 184 du Code forestier du 24 mai 1827. Mais tout d'abord, quels sont les bois et forêts soumis au régime forestier ? l'énumération nous en est donnée par l'art. 1^{er} du Code forestier qui porte :
« Sont soumis au régime forestier et seront administrés conformément aux dispositions de la présente loi :

1° Les bois et forêts qui font partie du domaine de l'État ;

2° Ceux qui font partie du domaine de la couronne (1) ;

3° Ceux qui sont possédés à titre d'apanage (2) et de majorats réversibles à l'État ;

4° Les bois et forêts des communes et sections de commune ;

5° Ceux des établissements publics ;

6° Les bois et forêts dans lesquels l'État, les communes ou les établissements publics ont des droits de propriété indivis avec des particuliers. »

Une question fort importante est celle de savoir si l'administration forestière possède l'exercice de l'action publique à l'égard des délits prévus et punis par le Code forestier, pour provoquer l'application des peines.

1. Les biens de la couronne par décret du 6 sept. 1870 ont fait retour à l'Etat.

2. Il n'existe plus d'apanage depuis 1830. Au moment de la promulgation du Code forestier, il n'existait en France qu'un seul apanage constitué par les édits de 1661, 1672 et 1692, au profit du duc d'Orléans, et qui a fait retour au domaine de l'Etat par suite de l'avènement du chef de cette maison au trône de France.

Quant au nombre des majorats réversibles, déjà fort peu considérables après leur création en 1808, il tend chaque jour à diminuer par suite de l'extinction sans postérité masculine des détenteurs actuels.

M. Le Sellyer (1) soutient avec force la négative ; MM. Mangin (2), Henrion (3), Curasson (4), sont au contraire partisans de l'affirmative. C'est du côté de ces derniers auteurs qu'il faut faire pencher la balance ; leur manière de voir est conforme à la jurisprudence. La Cour de cassation a reconnu par un arrêt du 8 mai 1835, l'exercice de l'action publique au profit de l'administration forestière, dans une espèce où il s'agissait de l'application d'une peine corporelle : « Attendu, dit-elle, qu'il résulte
« de la combinaison des articles 182 et 202 du Code
« d'inst. crim., 159, 171, 184 du Code forestier, que
« l'administration forestière exerce les poursuites en rai-
« son de tous les délits forestiers ; que cette action com-
« prend nécessairement l'application des peines encou-
« rues par les délinquants, aussi bien que la condamna-
« tion aux dommages-intérêts et aux restitutions. » Ainsi se trouve condamné le système soutenu par M. Le Sellyer.

Il se produit en matière forestière quelque chose de fort singulier, relativement à l'action civile ; c'est que tout délit prévu et puni par le Code forestier peut être indifféremment et simultanément poursuivi par l'agent forestier et par le ministère public, et que la poursuite dirigée par chacun de ces fonctionnaires, peut comprendre outre l'action publique, l'action privée qui en tous autres cas appartient toujours à la partie lésée.

1. Le Sellyer. Traité de droit criminel. T. 1. page 384.

2. Mangin. Op. cit. I. Nos 50-51.

3. Henrion. Biens communaux, page 448.

4. Curasson. Code forestier. II. p. 78.

De ce que les actions civiles pour la réparation du préjudice causé appartiennent à l'administration forestière et au ministère public, il n'en faut pas conclure que les parties elles-mêmes ne puissent les exercer directement et même transiger. Si la loi en cette occasion apporte une exception au droit commun, c'est pour donner plus de force à la répression des délits forestiers et empêcher que l'inaction des particuliers puisse assurer l'impunité aux délinquants. L'administration forestière est sans qualité pour intenter des poursuites à raison des délits commis dans les bois particuliers, si ce n'est dans des cas spéciaux, limitativement déterminés et où se montre un intérêt public ; tels sont les cas prévus par les articles 134, 143, 219 du Code forestier, relatifs aux bois de marine, à l'endiguage et au fascinage du Rhin et aux défrichements.

Quant aux particuliers, aux termes de l'article 2 du Code forestier, ils exercent sur leurs bois tous les droits résultant de la propriété, sauf une restriction qui se borne à l'interdiction de défricher. Cette interdiction qui peut être levée, contenue dans l'article 219, est une mesure d'ordre public, en vertu de laquelle l'intérêt des propriétaires de forêts cède à l'intérêt général qui exige la conservation d'une quantité de bois suffisante pour la consommation locale et l'alimentation des sources (1).

1. Voir le rapport fait à la Chambre des députés par M. Favard de Langlade sur le projet de code forestier, dans la séance du 12 mars 1827.

4^e Administration des ponts et chaussées.

En matière de pêche fluviale, aux termes de l'article 36 § 1 de la loi du 15 avril 1829, c'est le gouvernement qui exerce la surveillance et la police dans l'intérêt général, mais il en délègue l'exercice à des agents spéciaux qui peuvent conjointement avec les officiers du ministère public exercer toutes les poursuites et actions en réparation des délits.

Avant le décret du 29 avril 1862, c'était aux agents de l'administration forestière que ce droit était dévolu ; mais ce décret plaça dans les attributions du ministre de l'agriculture, la surveillance, la police et l'exploitation de la pêche fluviale.

Une circulaire du ministre de la justice du 6 mars 1863 dit « que les poursuites que les officiers du ministère public ont à diriger contre les délinquants seront faites au nom de l'administration des ponts et chaussées, ainsi qu'elles avaient lieu au nom de l'administration forestière. »

A l'heure actuelle ce sont donc les agents de l'administration des ponts et chaussées qui, conjointement avec le ministère public, sont investis du droit de poursuivre les infractions commises en matière de pêche fluviale.

L'article 36 de la loi du 15 avril 1829 contenait une dérogation aux principes généraux en disant : « Ces agents (forestiers) et les officiers de police judiciaire ont encore qualité pour constater les délits commis par ceux

qui se livrent à la pêche sans la permission de celui à qui ce droit appartient ; ils sont tenus de remettre leurs procès-verbaux au procureur du roi. » Cette dérogation, malgré le décret de 1862 qui a substitué les agents de l'administration des ponts et chaussées à ceux de l'administration forestière subsiste.

Sans tenir compte de cet article, quelques auteurs ont refusé au ministère public le droit de poursuivre les délits de pêche commis au préjudice du propriétaire, sans qu'il y ait eu plainte préalable de sa part ; au nombre de ceux-ci figure M. Mangin (1). La jurisprudence a condamné cette façon de voir (2), et les paroles de M. de Malleville, lors de la discussion qui eut lieu devant les Chambres législatives au sujet de la loi de 1829, suffiraient, selon nous, pour faire disparaître tout doute à cet égard.

5° Administration des postes.

La loi du 4 juin-6 juillet 1859 sur le transport par la poste décide dans son article 9 *in fine* que : « La poursuite (des contraventions prévues par ladite loi) est exercée à la requête de l'administration des postes qui a le droit de transiger. » Faut-il conclure de cette rédaction que le ministère public ne se trouve pas lui-même in-

1. Mangin. Op. cit. I. nos 54, 161.

2. Cassation 17 oct. 1838 ; 3 juin 1853. Voir Dalloz. v° Pêche fluviale. p. 499 note 1.

vesti du droit de poursuite en pareille matière? Nullement. — Il conserve ses droits, et, dans le cas actuel, on peut dire que c'est plutôt à la plainte de l'administration qu'est subordonnée la mise en mouvement de l'action publique. La cour d'Angers, par un arrêt du 13 août 1866 (1), a formellement reconnu les droits du ministère public, en s'appuyant sur les considérations suivantes : la poursuite des délits et contraventions devant la juridiction correctionnelle appartient au ministère public, à moins qu'une disposition formelle de la loi ne lui ait retiré ce droit ; or la loi du 4 juin 1859 ne contient aucune disposition de cette nature. Il est vrai que le dernier paragraphe de l'article 9 de cette loi spéciale réserve à l'administration des postes le droit de poursuite à sa requête et celui de transiger sur la contravention qui y est prévue, mais la poursuite ayant été régulièrement engagée avec le concours du ministère public, le droit de celui-ci doit s'exercer dans sa plénitude, sans restriction ni entrave, hors le cas d'une transaction avec le prévenu.

En l'absence d'une transaction formelle, le ministère public est recevable à interjeter appel dans le délai de deux mois fixé par l'article 205 du Code d'instruction criminelle, du jugement rendu avec son concours sur les poursuites de l'administration, alors même que cette administration aurait laissé écouler sans interjeter appel le délai de 10 jours qui lui est accordé par l'article 203

1. Dalloz, 1866, 2, 156.

du même Code. Quant aux transactions intervenues entre l'administration des postes et le prévenu, elles produisent les mêmes effets que celles qui ont lieu en matière de contributions indirectes ou de douanes.

L'action publique n'ayant été formellement attribuée en certains cas et par dérogation qu'aux grandes administrations dont nous venons de parler, il ne faut pas étendre l'exception et y faire participer d'autres administrations publiques ; celles-ci ne pourraient en conséquence exercer d'autres droits que ceux qui appartiennent aux parties civiles ordinaires. Nous pouvons résumer les observations que nous venons de présenter en quelques lignes :

Ont l'exercice de l'action publique :

1^o Les procureurs généraux, dans le ressort de la cour d'appel à laquelle ils sont attachés.

Ces magistrats ont la plénitude de l'exercice de l'action publique. Les avocats généraux et les substituts de parquet n'exercent l'action qu'au nom et sous la direction du procureur général.

2^o Les procureurs de la République et leurs substituts ; ces derniers sous la direction du procureur de la République.

3^o Les commissaires de police, les maires et adjoints chargés des fonctions du ministère public près les tribunaux de police.

4^o Le procureur général près de la Cour de cassation dans certains cas exceptionnels indiqués par les articles

443 et suivants, 485 et suivants et 542 du Code d'instruction criminelle.

5° L'administration des contributions indirectes à l'exclusion du ministère public pour réprimer les contraventions aux lois et décrets sur les contributions indirectes (1).

6° L'administration des douanes qui exerce l'action publique conjointement avec le ministère public pour assurer la répression des atteintes portées aux lois et décrets relatifs aux douanes.

7° L'administration des postes pour toutes les infractions à la loi du 4 juin 1859, sans préjudice toutefois des droits reconnus au ministère public.

8° L'administration forestière pour poursuivre la répression des délits forestiers, même dans le cas où il s'agit de faire prononcer une condamnation à l'emprisonnement et cela conjointement avec le ministère public.

Quant à l'administration des ponts et chaussées, elle peut poursuivre la répression des délits commis en matière de pêche fluviale.

Terminons en disant que même au temps où il existait une administration de la loterie, c'était au ministère public seul qu'était dévolu le droit de poursuivre l'application de la peine contre ceux qui tenaient des loteries prohibées et l'administration n'avait le droit d'agir que comme partie civile et non pour requérir l'emprisonnement.

1. Nous avons dit plus haut que M. Faustin-Hélie soutient l'opinion contraire.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE ET DES RESTRICTIONS AU DROIT D'ACTION DU MINISTÈRE PUBLIC.

CHAPITRE I

DE LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE DUE A L'INITIATIVE DU MINISTÈRE PUBLIC

L'action publique, comme toute autre action, est mise en mouvement par tout acte dont l'effet est de saisir légalement le juge.

Il en résulte que le droit d'exercer l'action publique emporte avec lui le droit de mettre cette action en mouvement, puisque l'exercice de l'action publique comprend tous les actes nécessaires pour atteindre le but que l'on se propose, c'est-à-dire la prononciation d'une peine contre l'auteur d'une infraction.

Nous avons vu qu'en principe le ministère public avait seul et dans tous les cas l'exercice de l'action publique, et que, par un privilège tout spécial, certaines administrations financières avaient aussi le droit d'exercer cette action.

Le ministère public et les administrations mentionnées ci-dessus auront incontestablement le droit de mettre en mouvement l'action publique, du moins en principe, mais d'autres personnes auront aussi le droit d'imprimer à cette action un mouvement initial.

L'action publique peut, en effet, être mise en mouvement par la partie lésée, excepté cependant lorsqu'il s'agit de poursuites au grand criminel. Ce concours de la personne qui a souffert un dommage par suite de l'infraction a été de tout temps reconnu nécessaire.

Les rédacteurs du Code ont admis ce principe sans discussion, mais ils ont fait une distinction entre les affaires criminelles et les affaires correctionnelles ou de simple police.

En matière criminelle, la partie lésée ne peut que porter plainte et se constituer partie civile. Aux termes de l'article 63 du Code d'instruction criminelle : « Toute personne qui se prétendra lésée par un crime ou un délit pourra en rendre plainte et se constituer partie civile devant le juge d'instruction, soit du lieu du crime ou du délit, soit du lieu de la résidence du prévenu, soit du lieu où il pourra être trouvé. »

En matière correctionnelle, la partie civile ainsi appelée par opposition à la partie publique, représentée par l'officier du ministère public, peut mettre l'action publique en mouvement par une citation directe. « Le tribunal, dit l'article 182, sera saisi en matière correctionnelle de la connaissance des délits de sa compétence...

par la citation donnée directement au prévenu et aux personnes civilement responsables du délit par la partie civile, etc... » Le tribunal est donc valablement saisi par cette citation directe, il peut juger et infliger une peine alors même que le ministère public ne l'aurait pas requise.

Faut-il admettre, ainsi qu'on l'a quelquefois prétendu, que la citation directe de la partie civile ne peut mettre en mouvement l'action publique, et que la juridiction eriminelle ne peut être valablement saisie que par les conclusions prises à l'audience par le ministère public ? Cette opinion ne nous paraît pas fondée ; les conclusions du ministère public constituent un acte d'exercice de l'action publique ; quand ces conclusions sont développées, le tribunal est déjà saisi et, par conséquent, l'action est déjà mise en mouvement, elle n'a pu l'être que par la citation directe de la partie lésée.

La Cour de cassation, bien loin de considérer l'action publique comme prenant naissance dans les conclusions du ministère public, reconnaît même aux juges le droit d'appliquer la peine encourue, soit lorsque l'officier du ministère public, au lieu de provoquer cette application, a déclaré s'en remettre à la loyauté et à la justice du tribunal, soit, ce qui est plus significatif encore, lorsque cet officier s'est abstenu de faire un réquisitoire. Voici, d'ailleurs, ce que nous trouvons écrit dans un pourvoi d'un procureur général du 29 février 1828 : « Il suffit « qu'un tribunal de répression soit saisi de la connais-

« sance d'une infraction aux lois pénales, pour qu'il soit
« tenu d'y appliquer les peines portées par la loi, encore
« que le ministère public n'ait pris aucune réquisi-
« tion. »

Que conclure de ces paroles, sinon que ce n'est pas l'audition du ministère public, que ce ne sont pas ses réquisitions qui saisissent le tribunal et que ses conclusions même contraires à la poursuite sont incapables de la suspendre !

En matière de simple police, il en est de même. Aux termes de l'article 145 du Code d'instruction criminelle :
« Les citations pour contravention de police seront faites à la requête du ministère public ou de la partie qui réclame.

« Elles seront notifiées par un huissier ; il en sera laissé copie au prévenu ou à la personne civilement responsable. »

Ainsi donc la partie lésée peut mettre l'action publique en mouvement, mais elle ne peut l'exercer « afin que la vengeance privée ne s'introduise pas dans la justice même qui a pour objet de la prévenir, disait M. Siméon en 1808 ». La loi a remis la poursuite des délits entre les mains des magistrats et l'accusation a pris ainsi le caractère d'impartialité de la loi dont ils sont les organes.

Avant de résoudre une question qui s'est élevée sur le point de savoir si la plainte ou la dénonciation de la partie lésée est nécessaire pour mettre en mouvement l'action publique, signalons tout de suite une exception

au principe général de l'indépendance de l'action publique. Cette exception résulte de l'article 44 de la loi du 20 avril 1810 sur l'organisation judiciaire, ainsi conçu : « La Cour d'appel pourra, toutes les chambres assemblées..., mander le procureur général pour lui enjoindre de poursuivre à raison de crimes ou délits... ou pour entendre le compte que le procureur général lui rendra des poursuites qui seraient commencées ».

Les chambres réunies des Cours d'appel se trouvent, en vertu de cette disposition, investies d'un droit souverain de surveillance sur l'exercice de l'action publique qu'elles peuvent provoquer, en cas d'inertie de la part du procureur général ; de plus, en cas de poursuites déjà commencées, elles peuvent leur imprimer plus de force et d'activité. C'est là, disait M. Treilhard dans l'exposé des motifs au Corps législatif, « une attribution bien consolante pour le pauvre et pour le faible, et qui doit avertir l'homme puissant que le crédit, la fortune et tous les avantages dont il se prévaut, ne le sauveront pas des poursuites et des peines qu'il aurait pu mériter ».

Il faut néanmoins remarquer que ce droit conféré aux Cours d'appel, droit que la loi a environné de tant de précautions et de solennités, ne devra s'exercer que dans les cas rares où les règles ordinaires établies seraient impuissantes. Quant à l'article 235 du Code d'instruction criminelle qui dispose que : « Dans toutes les affaires les Cours d'appel, tant qu'elles n'auront pas décidé s'il y a

lieu de prononcer la mise en accusation, pourront d'office, soit qu'il y ait ou non une instruction commencée par les premiers juges, ordonner des poursuites, se faire apporter les pièces, informer ou faire informer et statuer ensuite ce qu'il appartiendra », il ne faut pas croire qu'il confère un droit analogue à celui accordé par l'article 11 de la loi de 1810. Il permet simplement à la Chambre d'accusation de la Cour d'appel d'évoquer l'instruction d'une affaire dont les juges inférieurs sont saisis, s'il ne lui paraît pas opportun de la laisser entre leurs mains, ou d'ordonner dans les affaires dont elle est saisie, des poursuites contre d'autres personnes que celles qui figurent dans la procédure et de poursuivre des délits connexes qui n'auraient pas été compris dans les réquisitions du ministère public.

Nous signalons cet article 11 de la loi de 1810 parce qu'il montre que les Cours d'appel ont le droit de mettre en mouvement ou tout au moins de provoquer la mise en mouvement de l'action publique.

Enfin, dans les cas de flagrant délit, le juge d'instruction peut commencer d'office une instruction, entamer une poursuite. (1) Il met ainsi l'action publique en mouvement, mais il ne l'exerce pas. C'est le ministère public qui continue les poursuites, soutient l'accusation, requiert l'application de la loi, qui en un mot exerce l'action publique, alors même que cette action a été mise en mouvement par d'autres que lui.

1. Art. 59. Code d'Inst. Crim.

Nous avons dit qu'une question s'était élevée sur le point de savoir si une plainte ou une dénonciation était nécessaire pour mettre en mouvement l'action publique, en d'autres termes, si le ministère public devait attendre, pour agir, la plainte des parties lésées. A notre avis, la question ne peut soulever de difficultés, car toute distinction entre les délits a été supprimée, il n'y a plus de délits privés comme à Rome ou dans notre ancien droit, et l'action publique, indépendante de tout intérêt privé, ayant pour but unique de réparer le préjudice social causé par l'infraction, ne doit pas être subordonnée au consentement de la partie lésée. Cette conséquence qui découle très directement de la distinction entre l'action publique et l'action civile a été consacrée par l'article 4 du Code d'instruction criminelle.

« La renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique ». « Telle est la nature de l'action publique, dit M. Mangin (1), que n'ayant d'autre objet que l'intérêt de la société, son exercice est de droit général, et n'est subordonné à aucune sorte de provocation. »

Les magistrats du ministère public peuvent donc exercer d'office l'action publique et la mettre en mouvement ; ils ne sont dépendants à aucun titre des parties. C'est ce qui résulte non seulement de l'article 4 du Code d'Instruction criminelle mais encore de l'article 47 du même

1. Mangin. Op. cit. I. n° 16.

code : « Le procureur de la République, instruit soit par une dénonciation, soit par toute autre voie, qu'il a été commis dans son arrondissement un crime ou un délit sera tenu de requérir le juge d'instruction. d'ordonner qu'il en soit informé.... etc. » et de l'article 274 ainsi conçu : « Le procureur général, soit d'office, soit sur les ordres du ministre de la justice, charge le procureur de la République de poursuivre les délits dont il a connaissance. »

Cette manière de voir a été adoptée sans restriction par la jurisprudence ; la Cour de cassation l'a sanctionnée par un arrêt très remarquable du 9 janvier 1808. Voici l'espèce de cet arrêt : « Une plainte en faux fut portée au nom des héritiers X... par un fondé de pouvoirs : une instruction criminelle s'ouvrit aussitôt. Mais les héritiers interrogés, déclarèrent que la plainte avait été portée à leur insu, et qu'ils la désavouaient. La Cour refusa cependant d'annuler la procédure, se déclara compétente et prononça la mise en accusation. Les accusés se pourvurent en cassation et soutinrent que la plainte étant désavouée, la procédure n'avait plus de base et que d'ailleurs la plainte était irrégulière dans sa forme.

La Cour rejeta le pourvoi pour les motifs suivants :

« Considérant que l'action publique est essentiellement
« la base de toute poursuite au grand criminel ; que
« l'action privée qui n'a jamais pour objet que la réparation civile, n'est dans aucun cas qu'accidentelle et
« accessoire dans ces poursuites ; que tout arrêt rendu
« dans cette matière, par une Cour de justice criminelle

« a donc nécessairement pour fondement l'exercice de
« l'action publique ; que si le ministère public n'a point
« donné de plainte personnelle et si l'arrêt se réfère à
« des faits portés dans une plainte particulière d'une
« partie privée, cette plainte n'est pas réputée pour cela,
« et sous sa qualité de plainte d'une partie privée, avoir
« été l'objet et le point d'appui de l'exercice de la juridic-
« tion criminelle ; que cette plainte est censée devenue
« dans ce cas, le fait du ministère public, qui est réputé
« de droit se l'être appropriée ; et que la juridiction cri-
« minelle agit toujours ainsi sur l'impulsion du ministère
« public, agent et dépositaire exclusif de l'action qui a
« pour objet la punition des délits. Considérant, d'ail-
« leurs, que l'article 15 de la loi du 18 pluviôse an IX
« ordonne expressément que la poursuite des crimes at-
« tribués aux Cours de justice criminelle spéciale, sera
« faite d'office par le ministère public... etc. »

Cet arrêt nous montre l'application de deux principes fondamentaux de notre droit criminel ; c'est que l'action publique ne peut pas être exercée par la partie lésée et que le ministère public peut toujours agir dès que l'intérêt social lui paraît menacé.

La Cour suprême a rendu plusieurs arrêts dans le même sens, entre autres ceux des 11 juin 1813, 2 août 1821 et 2 avril 1830.

Ainsi le ministère public peut, et même doit poursuivre toute infraction à la loi pénale alors même que la victime garde le silence ; c'est une règle générale fondée

sur ce qu'il n'y a pas, aux yeux de notre loi actuelle, un délit quelconque, si léger qu'il soit, qui ne trouble l'ordre public et qui ne doive être réprimé dans l'intérêt de la société et de la morale.

CHAPITRE III

DES CAS OU LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE EST
SUBORDONNÉE A LA NÉCESSITÉ D'UNE PLAINTÉ.

La règle générale qui veut que le ministère public puisse mettre en mouvement l'action publique *motu proprio*, se fonde sur les principes d'utilité sociale et de justice absolue, mais n'est pas cependant sans recevoir quelques atteintes ; c'est qu'en effet, il est des cas, où l'application trop rigoureuse d'une règle sévère, pourrait compromettre plus gravement l'ordre social que ne le fait l'impunité du coupable. Tous les jurisconsultes sont d'accord pour admettre des restrictions à la règle générale en vertu de laquelle le ministère public devrait, au nom de la société, poursuivre la répression de tout délit, quel qu'il fût, sans rechercher si des conséquences fâcheuses ne résulteront pas d'une sévérité trop grande, et si l'intérêt de la paix et le repos des familles n'exigent pas plutôt une bienveillante clémence. Mais si les jurisconsultes sont d'accord pour admettre l'exception à la règle générale, ils se divisent au contraire, lors qu'il s'agit de déterminer les cas dans lesquels on pourra admettre une dérogation. Les uns sont d'avis de subordonner la

poursuite à une plainte préalable, toutes les fois que le délit porte atteinte à des droits que la partie lésée pourrait aliéner ; les autres voudraient que la société évitât de poursuivre quand il s'agit de délits qui peuvent compromettre l'honneur et la tranquillité des familles. M. Faustin Hélie, repoussant ces deux théories, dit à son tour : « la limite de l'exception doit être puisée, non dans les règles du droit, mais dans les considérations plus flexibles de l'utilité sociale. L'action publique peut s'arrêter là où le mal causé par le délit est secondaire, et où la poursuite serait pour la société elle-même un péril réel (1). »

C'est en s'appuyant sur ces principes que notre code a subordonné à la plainte de la partie lésée, l'exercice ou plutôt la mise en mouvement de l'action publique dans les différents cas suivants :

Adultère de la femme ; entretien par le mari d'une concubine dans la maison conjugale (art. 336-339 Code pénal).

Rapt (art. 357 C. pénal).

Diffamation et injures (art. 47 et 60 de la loi du 29 juillet 1881).

Délit de chasse sur le terrain d'autrui (art. 26 de la loi du 3 mars 1844).

Crimes et délits des fournisseurs des armées de terre et de mer (art. 430-433 Code pénal).

1. Faustin Hélie, *Op. cit.* N° 749.

Contrefaçon (art. 45 de la loi du 5 juillet 1844).

Dans tous les cas que nous venons de citer, l'action publique n'est mise en mouvement que par une plainte de la partie lésée.

La règle générale étant que le ministère public a toujours, en principe, le droit d'exercer des poursuites d'office, toutes ces exceptions doivent nécessairement dériver de dispositions formelles de la loi ; et toute exception étant de droit strict, il n'est pas permis d'étendre à d'autres cas analogues les dispositions de la loi qui régissent les hypothèses ci-dessus. Par conséquent, en dehors de ces hypothèses limitativement déterminées, la poursuite, quel que soit le caractère de l'infraction, n'est jamais subordonnée à une plainte préalable de la partie lésée ou à une dénonciation.

Les exceptions que nous étudions, disait Trébutien, peuvent se diviser en trois groupes : les unes sont fondées sur un intérêt de famille, d'autres sont introduites dans l'intérêt de l'État, les dernières sont basées sur ce que l'infraction ne blesse que très indirectement l'ordre public et s'attaque surtout à l'intérêt privé.

Nous emprunterons cette division à Trébutien et nous étudierons successivement en trois groupes chacune des exceptions indiquées.

Mais, avant d'aborder cette étude, nous devons faire remarquer, que si la plainte de la partie lésée est nécessaire pour mettre en mouvement l'action publique, le ministère public reprend la plénitude de son pouvoir dès

que la plainte est intervenue ; il exerce seul l'action publique et le désistement même du plaignant n'aurait pas pour effet de paralyser son droit d'action (1), à moins que le contraire ne soit clairement exprimé dans un texte de loi formel.

Nous croyons devoir citer ici l'opinion de M. Faustin-Hélie, parce qu'elle nous montre bien la distinction qui existe entre l'exercice et la mise en mouvement de l'action publique.

« La partie lésée, dit Faustin-Hélie, (2) a le droit de ne pas porter plainte, mais c'est là tout son droit ; elle peut suspendre et empêcher la formation de la poursuite, c'est là tout ce qu'elle peut. Elle épuise son pouvoir en formulant sa plainte. Le premier acte de la poursuite ne peut s'accomplir que sous son impulsion, mais cet acte entraîne après lui tous les actes de la procédure, sans qu'il soit besoin d'une impulsion nouvelle.

« Le ministère public peut agir sans aucun concours, sans aucune assistance. Il importe peu que le plaignant, après avoir dénoncé le délit, ne s'associe pas à la poursuite, il importe peu qu'il déserte la cause et demeure à l'écart ; l'action qu'il a provoquée ne lui appartient pas, le ministère public, dès qu'il en est saisi, l'exerce seul et ne doit consulter que les intérêts de l'ordre qui lui sont confiés.... L'action publique une fois mise en mouvement, ne dépend sous aucun rapport de la présence ou

1. Cassation, 1833. D. 1836, 1, 144. Dalloz, 1874, 2, 93.

2. Faustin-Hélie, op. cit., n° 757.

de l'appui de la partie qui a provoqué son exercice; elle n'est point l'exécution d'un mandat qui aurait besoin d'être renouvelé à chaque acte nouveau; elle puise en elle-même le droit en vertu duquel elle procède. »

Ces explications de M. Faustin-Hélie, montrent aussi pourquoi nous avons cru devoir rattacher à ce chapitre l'étude des exceptions indiquées plus haut; nous croyons, en effet, que la plainte de la partie lésée n'est pas seulement une cause de suspension de l'exercice de l'action publique, mais plutôt une condition de la mise en mouvement et peut-être même de l'existence de l'action publique.

Une dernière question reste à examiner avant d'entrer dans l'étude des hypothèses que nous avons dit être soumises à une plainte préalable; nous devons voir dans quelles formes doit se faire la plainte pour que l'action soit valablement mise en mouvement et que le ministère public puisse l'exercer.

En droit commun, la plainte ou la dénonciation doit être déposée entre les mains du procureur de la République (1), les officiers de police auxiliaires du procureur de la République, c'est-à-dire, les juges de paix, officiers de gendarmerie, commissaires généraux de police (2); les maires, adjoints de maire et commissaires de police (3),

1. Article 30 C. Inst. criminelle.

2. Art. 48. C. Inst. cr.

3. Art. 50. C. Inst. cr.

ou le juge d'instruction (1) peuvent aussi recevoir les plaintes et les dénonciations.

« Les dénonciations, dit l'article 31, seront rédigées par les dénonciateurs, ou par leurs fondés de procuration spéciale, ou par le procureur de la République s'il en est requis ; elles seront toujours signées par le procureur de la République, à chaque feuillet, et par les dénonciateurs ou leurs fondés de pouvoir.

« Si les dénonciateurs ou leurs fondés de pouvoir ne savent et ne veulent pas signer, il en sera fait mention.

« La procuration demeurera toujours annexée à la dénonciation ; et le dénonciateur pourra se faire délivrer, mais à ses frais, une copie de sa dénonciation. »

Et l'article 65 ajoute : « Les dispositions de l'article 31 concernant les dénonciations, seront communes aux plaintes. »

Lorsque l'action publique peut être intentée d'office, le ministère public n'en est pas moins autorisé à exercer son action, alors même que la plainte ou la dénonciation ne réunit pas les conditions de forme exigées par les articles 31 et 65 du Code d'instruction criminelle.

Mais dans les cas exceptionnels que nous étudions pour lesquels la loi exige une plainte formelle de la partie lésée pour mettre en mouvement l'action publique, est-il nécessaire que cette plainte ait été rédigée dans les formes prescrites par les articles 31 et 65 C. Inst. cr. et re-

1: Art. 63; C. Inst. cr.

mise à l'un des officiers désignés dans les articles 30, 48, 50 et 63 du même Code? en d'autres termes la plainte ou la dénonciation doit-elle être régulière?

Il faut à la partie publique une provocation directe dans les termes exigés par le Code, pour autoriser l'exercice de son action, dit M. Carnot (1). Et nous croyons son opinion fondée, car la plainte ou la dénonciation est alors la base même de l'action, et il est nécessaire qu'elle constate l'intention formelle du plaignant ou du dénonciateur de provoquer la poursuite.

M. Mangin (2) n'accepte cependant pas cette opinion. Il suffit, d'après cet auteur, que la partie lésée ait demandé réparation du dommage qu'elle a subi, en s'adressant soit aux tribunaux civils, soit aux tribunaux criminels, pour que le ministère public recouvre tout son pouvoir et puisse exercer l'action publique. « Si le ministère public est obligé de garder le silence, dit M. Mangin, ce n'est qu'autant que la partie lésée ne réclame point, la loi supposant alors ou que le délit n'existe pas, ou que la partie préfère en souffrir plutôt que de s'exposer aux conséquences souvent fâcheuses d'un débat judiciaire. Mais si, par exemple, un individu diffamé demande aux tribunaux civils des dommages-intérêts; si un mari forme contre sa femme une action en séparation de corps pour cause d'adultère, l'action publique pour la répression des délits de diffamation et d'adultère peut

1. Carnot. Commentaire du Code pénal, II, page 130.

2. Mangin, Op. cit., I, n° 132.

être intentée, car la loi n'en fait remise qu'autant que la partie lésée n'exerce pas elle-même la sienne. »

Cette action, qui n'était que suspendue, prend alors le cours que la loi lui assigne, et on conclut en disant qu'il y a plainte, dénonciation, dans le sens de la loi, dès que celui qui a souffert réclame une réparation, soit qu'il la demande aux tribunaux criminels, en provoquant l'action publique pour y joindre la sienne, soit qu'il l'adresse aux tribunaux civils, ainsi que l'art. 3 du Code d'instruction criminelle lui en laisse la faculté.

M. Mangin n'admet pas qu'une plainte formée dans les termes des articles 31 et 65 du Code inst. cr. soit nécessaire pour que le ministère public puisse agir ; il estime même que l'action civile formée par la partie lésée devant la juridiction civile équivaut à une plainte et rend en conséquence le ministère public apte à intenter la poursuite criminelle ; cette façon de voir ne nous semble pas devoir être admise. Jamais l'action civile et l'action publique n'ont eu le même but : la première tend à obtenir réparation d'un préjudice causé, la seconde à infliger un châtiment au coupable. De ce que la partie lésée demande une réparation pécuniaire devant la juridiction civile, il ne s'ensuit pas qu'elle entende provoquer l'action publique, et bien plus, elle semble indiquer en agissant ainsi que son intention est d'éviter le retentissement d'une procédure criminelle.

M. Dalloz est d'avis que le ministère public est autorisé à agir, quand même la partie lésée n'aurait pas ac-

compli toutes les formalités imposées par la loi ; selon lui, toutes les fois qu'il y aura certitude que la plainte émane de la partie lésée et qu'elle l'a déposée en connaissance de cause, la partie publique peut donner suite à l'action.

Mais n'est-il pas plus logique d'exiger que la plainte qui doit donner au ministère public le pouvoir d'exercer son action, soit faite conformément à la loi ? L'application des règles de la loi n'est-elle pas plus nécessaire ici que lorsqu'il s'agit de délits qui peuvent être poursuivis d'office ?

Du moment que la poursuite puise toute sa validité dans la plainte, n'est-il pas indispensable que cet acte, base unique de l'action, soit régulier, qu'il soit soumis à des formes solennelles pour que l'attention des parties soit appelée d'une façon très sérieuse sur la gravité de l'acte qu'elles vont faire ? Nous croyons donc que la plainte qui ouvre au ministère public le droit de poursuivre doit être faite conformément aux articles 31 et 65 du Code d'instruction criminelle, sauf dans les cas très rares où la loi, par une disposition formelle, en aurait disposé autrement.

M. Faustin-Hélie (1) tend à nous confirmer dans notre manière de voir, car il dit : « C'est la rédaction de la plainte qui témoigne de la volonté de la partie, c'est son envoi à l'officier compétent qui constitue la provocation

1. Faustin-Hélie. Op. cit., III, p. 56.

à la poursuite criminelle. L'omission de l'une ou de l'autre doit l'entacher de nullité... Une lettre peut être écrite, un rapport peut être transmis avec une sorte de légèreté ; la rédaction d'une plainte et sa transmission à l'officier compétent supposent, au contraire, une détermination arrêtée de mettre en mouvement l'action publique. La prudence exige donc, aussi bien que la loi, que les règles qu'elle a tracées soient strictement observées. »

Nous allons maintenant étudier successivement chacune des exceptions indiquées plus haut.

SECTION I

Exceptions basées sur un intérêt de famille.

§ 1. — *Adultère.*

Aux termes de l'article 336 du Code pénal, « l'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari ; cette faculté même cessera s'il est dans le cas prévu par l'article 339. »

L'article 339 est ainsi conçu : « Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme, sera puni d'une amende de cent francs à deux mille francs ».

Le mari qu'une maxime ancienne proclamait — *genitoris thori solus vindex* — peut donc seul mettre en mouvement l'action publique afin d'obtenir la répression du

délit d'adultère. « L'adultère est moins un délit contre la société que contre l'époux qu'il blesse dans son amour-propre, sa propriété, son affection, » disait l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs du projet de loi. « La femme, disait M. Morin, n'est coupable qu'envers le mari ; lui seul est en droit de se plaindre. L'action doit être interdite à tout autre, parce que tout autre est sans qualité et sans intérêt. »

Si ce motif était exact, il faudrait dire que l'adultère n'est pas un délit public, mais un délit privé ; or, nous avons vu dans notre chapitre précédent que la loi avait effacé toute distinction entre les délits et qu'elle avait adopté, implicitement il est vrai, le principe que tout délit donne essentiellement lieu à l'action publique.

De plus il nous suffira de citer le passage de l'exposé des motifs dont nous avons détaché les quelques mots énoncés plus haut, pour montrer que le législateur n'a pas eu l'intention de considérer l'adultère comme un délit privé. « Il est, disait M. de Monseignat, il est une infraction aux mœurs, moins publique que la prostitution érigée en métier, mais presque aussi coupable ; si elle ne suppose pas des habitudes aussi dépravées, elle présente la violation de plus de devoirs : c'est l'adultère. Placé dans tous les codes au nombre des plus graves attentats aux mœurs, à la honte de la morale, l'opinion semble excuser ce que la loi doit punir : une espèce d'intérêt accompagne le coupable, les railleries poursuivent la victime. Cette contradiction entre l'opinion et la loi a

forcé le législateur à faire descendre dans la classe des délits, ce qu'il n'était pas en sa puissance de mettre au rang des crimes. Sans doute ce délit porte atteinte à la sainteté du mariage, que la société doit protéger et garantir, mais sous tout autre rapport, l'adultère est moins un délit contre la société que contre l'époux qu'il blesse dans son amour..., etc. »

M. Mangin (1), et à sa suite beaucoup d'autres auteurs, ne déniaient pas à l'adultère le caractère de délit public.

La loi punit l'adultère, non seulement parce que l'époux est blessé dans ses affections et son honneur, mais aussi pour garantir le mariage qui est une des bases essentielles de la société. L'adultère est un délit social et en effet, si on le reconnaît comme tel, c'est parce qu'il contient une violation d'un devoir primordial et que cette infraction jette le trouble dans les rapports qui constituent l'ordre social. Le législateur a pensé que parallèlement à l'intérêt public qui réclamait une répression, « il y avait, suivant l'expression de M. Ortolan (2) « une situation intime, l'intérêt de la vie conjugale, celui des enfants et des autres membres de la famille, celui des relations sociales et de la considération du ménage. »

En présence d'intérêts aussi grands, le législateur a pensé que si les intéressés dissimulaient le scandale, s'ils parvenaient à en corriger ou à en paralyser les ef-

1. Mangin. Op. cit. p. 140.

2. Ortolan. *Éléments de droit pénal*. II. N° 1694.

fets, il n'y avait pas lieu de s'affliger que ces désordres échappassent à l'action de la justice.

L'article 336 du Code pénal que nous avons déjà cité prend soin de nous dire que l'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari.

Nous avons dit déjà qu'à notre avis, le ministère public ne pouvait exercer l'action publique que sur une plainte ou une dénonciation du mari régulièrement faite, c'est-à-dire conforme aux prescriptions des articles 31 et 65 du Code d'instruction criminelle.

Une difficulté s'est élevée sur le point de savoir si la demande en séparation de corps formée par l'époux outragé pouvait être assimilée à une plainte formelle. Si le mari, en effet, en intentant cette action ne requiert pas de la justice la répression de l'adultère, il n'en rend pas moins l'adultère public et par suite, il fait disparaître les motifs qui ont décidé le législateur à faire fléchir en faveur de la considération des familles, les règles qui régissent en général l'action publique. On fait remarquer que le mari qui forme contre sa femme adultère une demande en séparation de corps, n'ignore pas qu'aux termes de l'article 308 du Code civil, la femme contre laquelle la séparation de corps est prononcée pour cause d'adultère, doit être : « condamnée par le même jugement et sur la réquisition du ministère public à la réclusion dans une maison de correction, pendant un temps déterminé qui ne pourra être moindre de trois mois ni excéder deux années. »

Mais il ne faut pas oublier dans quelles circonstances cet article 308 a été voté.

Au moment de la rédaction du Code civil, les lois pénales en vigueur ne contenaient encore aucune disposition punissant l'adultère, même commis par la femme. Les rédacteurs du Code civil crurent nécessaire de compléter provisoirement sur ce point la législation pénale et donnèrent au tribunal saisi de la demande en séparation de corps pour cause d'adultère de la femme une compétence correctionnelle pour réprimer cet adultère.

Il ne faut donc pas attribuer à cet article voté dans des circonstances exceptionnelles, une importance doctrinale exagérée. C'est seulement par un oubli du législateur de 1808 que le Code pénal de 1810 ne l'a pas abrogé. Nous pouvons d'ailleurs ajouter que cet article 308 du Code civil a été abrogé par la loi du 27 juillet 1884 sur le divorce, et que dès lors, les observations ci-dessus présentées n'ont plus d'intérêt à l'heure actuelle. Nous les avons faites afin de bien montrer que même sous l'empire de l'article 308 du Code civil, une plainte ou une dénonciation formelle du mari, rédigée conformément aux prescriptions de la loi, était nécessaire pour mettre en mouvement l'action publique destinée à assurer la répression de l'adultère.

Quand un mari prend la voie civile, il montre que son intention est non pas de faire punir sa femme, mais bien de s'en faire séparer.

Il résulte aussi des observations que nous venons de

présenter qu'une action civile en séparation de corps pour cause d'adultère, introduite par le mari, ne suffit pas pour donner au ministère public le droit de poursuivre correctionnellement le complice de la femme.

La jurisprudence avait d'ailleurs reconnu ce principe, avant même l'abrogation de l'article 308 du Code civil et l'avait affirmé par plusieurs arrêts. En voici un exemple :

« Un jugement du tribunal correctionnel de Gien avait
« reconnu : que si l'on pouvait soutenir avec avantage
« que la condition d'une dénonciation préalable du mari,
« indispensable à l'action du procureur de la République,
« contre la femme inculpée d'adultère, peut, par extension, être invoquée en faveur de l'inculpé de complicité, la dénonciation du mari existe suffisamment, dans
« l'espèce, par cela seul que le mari a introduit, en justice, la demande à fin de séparation de corps, contre la
« femme, fondée sur le délit d'adultère, qu'il lui reproche
« d'avoir commis avec X....; de ce jugement fut interjeté
« appel devant la Cour d'Orléans qui déclara le ministère
« public non recevable dans son action au moyen des considérations suivantes : *Attendu que ni la demande à fin
« de séparation de corps, pour cause d'adultère, ni le
« jugement qui l'admet, ne sauraient tenir lieu de la dénonciation du mari* : Qu'une semblable demande ne
« révèle pas chez le mari l'intention d'obtenir la condamnation pénale de la femme et du complice, puisqu'il
« aurait eu à cet effet devant les tribunaux de justice répressive, une action à laquelle il n'a pas recouru ; qu'à

« la vérité, en déclarant la séparation de corps, les juges
« civils prononcent en même temps contre la femme cou-
« pable d'adultère, la peine portée en l'art. 308 *du code*
« civil, mais que cette disposition, introduite dans l'intérêt
« de la morale publique et de la sainteté du mariage,
« s'accomplissant hors la participation du mari, ne sau-
« rait faire supposer qu'il a voulu soumettre sa femme à
« des poursuites ; que dès lors, elle ne peut équivaloir
« à la dénonciation exigée par l'article 336 du Code pénal ;
« Attendu que, dans l'opinion contraire, l'action intentée
« au complice d'adultère, à la suite et sur l'autorité du
« jugement de séparation de corps, exposerait l'honneur
» de la famille à l'éclat souvent fâcheux d'un débat judi-
« ciaire que le mari a voulu éviter, rendrait la réconcilia-
« tion des époux plus difficile et serait par conséquent
« opposée au but que s'est proposé le législateur dans
« l'article 336 » (1). La Cour casse...

Ces attendus nous paraissent bien formels.

La Cour de cassation a sanctionné cette opinion en faisant remarquer que la loi pénale devait toujours être restreinte en ses termes. La loi exige une dénonciation du mari pour que le ministère public puisse poursuivre le délit d'adultère ; c'est se conformer à l'esprit et à la lettre de la loi, que de n'autoriser le ministère public à poursuivre que sur une plainte spéciale et directe et de n'assimiler à cette plainte aucun fait différent, pas

1. Orléans, 12 juin 1842 ; Dalloz, V^o Adultère, n^o 42.

même une action civile en séparation de corps introduite par le mari et basée sur l'adultère de la femme.

De ce que la plainte du mari est nécessaire pour permettre au ministère public de poursuivre le délit d'adultère, il ne s'ensuit pas que le mari soit investi de l'exercice de l'action publique ; car cette action pour la poursuite des délits et l'application des peines n'appartient qu'aux fonctionnaires publics auxquels elle est confiée par la loi et si l'article 336 du Code pénal a réservé au mari seul le droit de dénoncer l'adultère de sa femme (dénonciation qui doit précéder les poursuites du ministère public), aucune loi n'a chargé le mari des poursuites qui sont demeurées à la charge des personnes auxquelles l'action publique est confiée.

La loi qui a fait fléchir les règles qui régissent en général l'action publique dans le but de protéger l'honneur de la famille, n'a pas accordé au mari le droit d'usurper les fonctions propres au ministère public.

Il résulte de là qu'il n'est pas nécessaire que le mari figure comme partie dans le procès, qu'il se porte partie civile (1) ; dès qu'il a provoqué l'action du ministère public par une plainte, celui-ci peut poursuivre seul. De plus, par application de la même règle, on doit décider que le mari ne pourrait seul interjeter appel ou se pourvoir en cassation contre les décisions rendues après sa plainte.

1. Merlin. Quest. de droit. v^o Adultère.

C'est ce que la Cour de cassation a décidé par arrêt du 26 juillet 1828 en se fondant sur ce que les restrictions apportées aux droits du ministère public, dans l'intérêt de la paix et de l'honneur des familles, n'investissent nullement le mari de l'exercice de l'action publique ; sur ce qu'elles ne lui attribuent point la poursuite du délit d'adultère ; que cette poursuite reste toujours confiée aux fonctionnaires du ministère public qui doivent l'exercer en observant les règles qui gouvernent les matières pénales. En conséquence, la Cour suprême déclara un mari non recevable dans son pourvoi, contre l'arrêt de la chambre d'accusation, confirmatif de l'ordonnance de la chambre du conseil, portant qu'il y avait lieu à suivre sur la plainte en adultère qu'il avait formée contre sa femme.

A l'inverse, le ministère public pourrait interjeter appel *a minimâ* d'un jugement rendu sur la plainte du mari, alors même que ce dernier aurait gardé le silence (1).

M. Faustin Hélie fait remarquer que « d'une part, il est de principe que toute exception doit être strictement renfermée dans ses termes et le privilège dont le mari est investi n'est qu'une exception ; d'autre part l'article 202 du Code d'instruction veut que l'appel de la partie civile n'ait d'effet qu'à l'égard de ses intérêts civils seulement. Or là où la limite de l'exception expire, le droit commun doit seul régner. »

1. Faustin Hélie. *Op. cit.* II, page 277.

Le ministère public est le dépositaire de l'action publique, et seul il peut en régler l'exercice.

De ce que le ministère public est seul chargé de l'exercice de l'action contre le délit d'adultère dès qu'il a reçu la plainte du mari, il résulte encore que le décès de celui-ci, survenu après la plainte, mais avant le jugement n'éteint pas la poursuite en adultère. M. Sorel, lui, estime que le décès du mari doit éteindre la poursuite dirigée contre la femme. « Il s'agit là, en effet, dit-il, d'un délit d'une nature toute spéciale. Le mari en pardonnant à sa femme coupable, arrête toute action contre elle. Ne faut-il donc pas supposer que sa dernière pensée, avant de quitter la terre, a dû être une pensée d'oubli et de pardon ? »

D'ailleurs, comme l'a dit si éloquemment M. l'avocat général Dupré-Lasale, le 30 janvier 1863, devant la Cour d'appel de Paris : « Pourquoi ces rigueurs ? Pourquoi, lorsque le mari est mort, lorsque le mariage est dissous, cette sévérité devenue tout à coup inflexible ? Quel intérêt le demande ? L'intérêt du mari ? Il n'existe plus ; l'intérêt de la famille et des enfants ? Il exige l'oubli et le pardon ; l'intérêt de la loi ? Mais la loi elle-même nous avertit que les convenances sociales sont ici subordonnées aux convenances domestiques, et que la répression en dehors des nécessités de famille n'est plus qu'un éclat inutile et malheureux. »

Nous répondrons, *dura lex, sed lex*, le décès du mari ne peut en aucune façon éteindre l'action publique ; si l'on

admettait qu'il pût en être ainsi, il faudrait également décider que le décès du mari peut faire cesser l'emprisonnement et cela était impossible même avant que l'art. 308 du Code civil ne fut abrogé.

Ainsi que le dit M. Mangin (1), « le mari ayant persisté dans sa plainte jusqu'à la mort, on ne peut, sous prétexte d'une réconciliation possible, arrêter le cours de l'action publique et substituer au désistement qu'exige la loi, un pardon qui n'est qu'imaginaire. »

La nature exceptionnelle de la prérogative accordée au mari en matière d'adultère fait une loi de la restreindre dans les limites mêmes que la loi lui assigne, au lieu de lui donner par voie d'interprétation et sous prétexte d'analogie une extension contraire au droit commun.

La mari seul peut mettre l'action publique en mouvement, en portant plainte contre l'adultère de la femme, avons-nous dit; mais cette plainte n'est pas toujours recevable.

Aux termes de l'article 336 du Code pénal, dans le cas où le mari a été lui-même condamné pour adultère en vertu de l'article 339, c'est-à-dire pour avoir entretenu une concubine au domicile conjugal, il perd son droit de plainte, ne peut plus valablement dénoncer l'adultère de sa femme, ou plus exactement, sa dénonciation n'aura pas pour effet de mettre l'action publique en mouvement. Il s'est rendu lui-même indigne de la confiance de la loi :

1. Mangin, *Op. cit.*, I, n° 441.

et c'est peut-être même l'exemple de son inconduite qui est la cause des désordres de sa femme. « *Judex adulterii*, disait déjà Ulpien à l'époque des jurisconsultes romains, *ante oculos habere debet, et inquirere, an maritus pudice vivens, mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit? periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam, vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat* » (1).

Le mari pourrait, d'ailleurs, formuler contre sa femme une plainte d'adultère uniquement dans le but de se venger de la condamnation que la femme outragée lui aurait fait infliger.

Toutefois, l'adultère de la femme entraînant au point de vue de la famille des conséquences beaucoup plus graves que celui du mari, le législateur a voulu que pour que la femme puisse repousser par une fin de non recevoir les poursuites que son mari a dirigées contre elle, ce dernier ait entretenu une concubine dans la maison conjugale et qu'il en ait été convaincu. Il faut :

1° Que le mari ait entretenu une concubine au domicile conjugal. La Cour de cassation, par arrêt du 11 novembre 1858, a décidé qu'il ne fallait pas confondre ce cas avec les visites que la concubine pourrait lui faire dans la maison commune.

2° Que l'adultère du mari ait été commis dans la maison conjugale, et par maison conjugale, il faut entendre celle où la femme est obligée d'habiter avec le mari et

1. Loi 43, § 5. Dig. Ad legem Juliam de adulteriis. L. 48, t. V.

ou ce dernier est obligé de la recevoir (1). Cette maison ne cesse pas d'être maison conjugale par l'absence de la femme (2), même autorisée du mari ; mais on ne saurait réputer domicile conjugal les résidences passagères du mari dans des hôtels garnis où il a entretenu sa concubine. Peu importe pour l'application de l'article 339 que le commerce criminel soit ou non entretenu gratuitement. « Ce n'est pas, dit M. Dalloz, la prodigalité du mari que la loi a voulu punir, mais le mépris qu'il fait de sa femme légitime en introduisant le désordre dans la maison conjugale même. »

La Cour de cassation a décidé que la séparation de corps prononcée, pouvait seule enlever au domicile le caractère de maison conjugale et que la loi n'avait pas voulu attacher cet effet à la simple instance en séparation de corps (3).

Il peut paraître regrettable que la séparation de corps prononcée au profit de la femme pour offense résultant de l'entretien par le mari d'une concubine au domicile conjugal, ait pour effet de laisser toute liberté au mari de continuer le fait scandaleux qui a été frappé de réprobation par le jugement de séparation, et que la femme ne sorte du domicile commun, que pour laisser la place à celle qui a jeté le trouble dans la vie conjugale ; aussi ce

1. Art. 214, Code civil.

2. Demolombe, Du mariage, n° 375.

3. Cassation, 17 avril 1838. — Tribunal de la Seine, 1^{er} décembre 1880, Gaz. des Trib., 16 décembre 1880.

résultat a-t-il trouvé des contradicteurs et notamment M. Le Sellyer (1).

Il nous semble malgré tout que les arrêts rendus sur ce point délicat ne peuvent comporter une autre interprétation.

La séparation de corps a pour but et pour résultat spécial de faire cesser en fait comme en droit toute cohabitation entre les époux et d'attribuer désormais à chacun d'eux un domicile particulier légalement interdit à l'autre conjoint.

C'est en vain qu'on prétendrait que la séparation de corps ne dissout pas le mariage, qu'elle laisse subsister entre les époux des devoirs mutuels de fidélité et d'assistance ; que le mari reste le chef de la famille, qu'il conserve la puissance paternelle et quelquefois la garde des enfants ; qu'il est regrettable que ceux-ci puissent être les témoins de désordres coupables de la part de leur père, et que ces désordres eux-mêmes peuvent rendre plus difficile la réconciliation des époux : toutes ces considérations morales, quelle qu'en soit la gravité, sont étrangères aux motifs et aux prévisions de la loi destinée à réprimer et à punir les écarts du mari.

3° Il faut que le mari ait été convaincu de ces faits sur la plainte de la femme, et convaincu, il ne peut l'être que par jugement. L'orateur du Conseil d'État a exprimé formellement cette idée devant le corps législatif : « Bien plus, le mari serait privé de cette action

1. Le Sellyer, Exercice, action publique et privée, I, p. 281.

(plainte en adultère contre sa femme) s'il avait été lui-même condamné pour cause d'adultère ; alors la justice le repousserait comme indigne de sa confiance et n'ayant pu être convaincu d'adultère que sur la plainte de sa femme, il serait trop à craindre qu'il n'agit que par récrimination. »

La femme doit donc opposer un jugement rendu contre son mari ; si elle apporte en preuve au moment où elle est poursuivie un jugement de condamnation déjà prononcé pour adultère contre le mari, et passé en force de chose jugée, le tribunal doit la renvoyer des fins de la plainte. Mais, contrairement à l'opinion de M. Carnot, on décide généralement qu'il n'est pas nécessaire que le jugement ait été rendu avant la plainte du mari. Ainsi que le dit M. Mangin (1), « la femme poursuivie peut dénoncer l'adultère dont son mari s'est rendu coupable, et se procurer par là le moyen de repousser l'action qu'il a provoquée contre elle. C'est même le cas qui doit arriver le plus ordinairement ; la plainte de la femme est alors préjudicielle à celle de l'époux ; elle doit être jugée d'abord, et jusqu'à ce jugement, il doit être sursis aux poursuites dirigées contre elle. »

Il semble que dans ce cas, le mari ne pouvant agir, et son incapacité dérivant d'une conduite honteuse qui atteste que le mariage n'est plus intéressé à l'inaction du ministère public, celui-ci devrait rentrer dans la plénitude de ses attributions et reprendre le droit d'agir

1. Mangin, op. cit., I, n° 134.

d'office. Il est immoral, en effet, que l'adultère de la femme puisse être justifié par un autre délit. Cette manière de voir a été soutenue avec beaucoup de force par M. Ortolan (1). Nous ne saurions admettre, dit-il, en s'élevant avec indignation contre la jurisprudence établie et contraire à sa doctrine « nous ne saurions admettre comme fondée en morale, ni en la raison du droit, cette disposition de notre législation positive. Je sais bien qu'on peut dire aussi que l'inconduite outrageante du mari a peut-être déterminé la faute de la femme, et doit en être, dans tous les cas, une atténuation ; c'est dans l'appréciation et la mesure de la culpabilité qu'il faudra tenir compte de ces considérations : ce qui nous touche, c'est qu'aucune des raisons qui ont enchaîné l'action publique ne se rencontrent plus ici ; il y a ici double plainte, tant de la part de la femme que de la part du mari, double déchirement pour la famille, double déconsidération et double scandale au dehors... La justice et le bon exemple veulent que vérification soit faite et que ces délits soient punis l'un et l'autre s'ils existent. »

Quelle que soit la valeur de cette opinion, les motifs qu'elle invoque n'ont point prévalu ; le droit exclusif de plainte a été maintenu au mari ; s'il est incapable de l'exercer, la femme sera à l'abri de toute poursuite ; ainsi l'exigeait la réunion future des époux.

Dans l'ancien droit, on admettait une fin de non-recevoir contre la dénonciation du mari, quand la connivence

1. Ortolan, *Op. cit.*, II. N° 1696.

de ce dernier aux débordements de la femme était démontrée ; il en résultait que le ministère public avait le droit d'exercer d'office des poursuites.

« Si le mari, dit Merlin (1), favorisait la débauche de sa femme, le ministère public pouvait agir pour faire punir l'un et l'autre ; mais alors on n'infligeait pas à la femme la peine ordinaire des adultères ; on la punissait comme les autres femmes débauchées et le mari comme coupable de proxénétisme. »

De Speisses disait aussi : « A l'égard de la poursuite du crime d'adultère, elle appartient très privativement au mari et nul autre que lui ne peut intenter l'action, à moins qu'il ne paraisse fomenter le dérèglement de sa femme, auquel cas un procureur du roi ou un procureur fiscal est en droit de poursuivre la punition de ce crime qui blesse l'honnêteté publique. »

Le projet du code pénal proposait de maintenir ces règles ; l'article 291 correspondant à l'article 336 actuel, portait :

« L'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par son mari, dans le cas où il n'y aurait pas connivé. »

Et l'article 295, punissant le mari signalé par la notoriété publique, comme ayant connivé à l'adultère de sa femme, ajoutait :

« Le mari, la femme adultère, le complice ou les complices, seront condamnés chacun à une amende de cent francs au moins et de dix mille francs au plus ; dans ce

1. Merlin. Rép. V^o adultère.

cas, les coupables pourront être poursuivis, même d'office, par le procureur impérial (1). »

Mais ces dispositions furent repoussées sous prétexte que la recherche de la connivence du mari et la preuve de sa honteuse complicité soulèveraient de scandaleux débats, que l'homme qui, pour ne pas divulguer les désordres de sa femme, aurait gardé un pénible silence et dévoré en secret sa douleur pourrait être l'objet d'une telle imputation.

Il résulte bien de la discussion qui eut lieu au Conseil d'État, que la connivence du mari à la débauche de sa femme n'entraîne plus aucune peine et n'autorise pas des poursuites d'office contre la femme.

D'un autre côté, il faut admettre que le mari, même coupable de connivence, a le droit de porter plainte contre sa femme ; ce fait immoral ne constitue pas une fin de non-recevoir, c'est la conséquence du principe qui défend de rechercher la connivence du mari. Si le mari se plaint de l'adultère qu'il a favorisé, sa plainte est recevable. Le consentement du mari constitue tout au plus une circonstance atténuante dont le juge tiendra compte dans l'application de la peine qu'il prononcera contre la femme coupable.

Suivant M. Mangin, le consentement donné par le mari à l'adultère de sa femme devrait lui faire interdire tout droit de déposer une plainte : *Nullam potest videri injuriam accipere qui semel voluit*. — MM. Chauveau et Hélie

1. Loaré, t. XXX, p. 372.

sont d'un avis contraire ; aux yeux de la morale, il est vrai, ce mari vil et méprisable est indigne de se plaindre, mais il n'en est pas de même aux yeux de la loi.

Une fin de non-recevoir peut résulter, suivant certains auteurs, de l'interdiction du mari prononcée avant la plainte ; cette interdiction mettrait l'époux outragé dans l'impossibilité de faire punir sa femme coupable. Peut-être, dans ce cas, son tuteur pourrait-il agir dans sa place. Quant à l'interdiction prononcée après la plainte et pendant l'instance, elle ne pourrait, croyons-nous, retirer au ministère public le droit d'action. Il y a eu une plainte déposée et rien ne prouve que le mari serait revenu sur sa première détermination.

La réconciliation expresse ou tacite intervenue entre les époux constitue une fin de non-recevoir. Il en était déjà de même dans le droit romain et dans notre ancienne jurisprudence.

La réconciliation, dit la Cour de cassation, doit être accueillie comme une preuve légale que l'adultère n'a pas été commis.

Il n'est pas douteux que le mari ne pourrait dénoncer sa femme si, postérieurement aux faits d'adultère, il s'était réconcilié avec elle ; mais le mari peut-il se désister de la plainte qu'il a portée et empêcher par là le jugement qu'il a provoqué ?

La loi reste muette à ce sujet. Aux termes de l'article 337 du Code pénal, le mari reste maître d'arrêter l'effet

de la condamnation prononcée en consentant à reprendre sa femme, mais la loi ne donne pas au mari le pouvoir d'arrêter à son gré l'action qu'il a mise en mouvement.

« Quand l'action du ministère public a été mise en mouvement, dit M. Favard de Langlade, elle cesse d'être enchaînée ; elle ne peut être subordonnée à la volonté, au caprice du mari. Dès que la plainte a été portée devant le magistrat, la société doit être satisfaite et elle ne peut l'être que par le jugement définitif de la plainte en adultère ; le mari pourra ensuite pardonner à sa coupable épouse. »

C'est un arrêt de la Cour de cassation du 22 août 1816 qui, selon toutes probabilités, a dû faire adopter à M. Favard de Langlade l'opinion que nous venons d'exposer. Cet arrêt décida, en effet, que l'action du ministère public provoquée par la dénonciation du mari ne serait ni arrêtée, ni suspendue par la demande en séparation de corps, que celui-ci viendrait à former devant le tribunal civil durant l'instance correctionnelle ; demande prématurée aux termes de l'art. 3 du Code d'instruction criminelle, mais qui, évidemment, n'implique pas un désistement de la plainte antérieurement formée.

Quoique l'opinion émise par M. Favard soit certainement conforme à la loi, nous devons reconnaître qu'elle est presque unanimement repoussée par la doctrine et la jurisprudence. Puisque le mari reste toujours maître d'arrêter l'effet de la condamnation prononcée en con-

sentant à reprendre sa femme, à plus forte raison, semble-t-il, doit-on lui reconnaître le droit de se désister avant la condamnation et d'éteindre ainsi l'action publique. On ne comprendrait pas qu'il ne fut pas permis à un mari de prévenir une condamnation dont il peut arrêter les effets. La Cour de cassation s'est ralliée à cette opinion, pensant que l'esprit de la loi actuelle est de provoquer l'indulgence du mari trompé et de préférer le maintien de l'union conjugale à une constatation judiciaire qui entraîne toujours un scandale.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 août 1823 est si important, que nous pensons devoir ici le rapporter en entier :

« Attendu qu'il résulte de l'article 336 du Code pénal
« que le mari a seul le droit de se plaindre de l'adultère
« de sa femme ; que lui seul a intérêt et qualité pour en
« provoquer les poursuites ; que la loi n'a pas voulu
« permettre que le repos des familles pût être troublé
« par des poursuites d'office sur un fait qui, ne laissant
« jamais de traces qui le rendent certain et manifeste
« pour le public, ne peut être considéré que comme un
« délit privé envers le mari, et non comme un délit com-
« mis envers la société, qu'il importe, d'ailleurs, à l'in-
« térêt des bonnes mœurs, qu'un fait qui blesse la sain-
« teté du mariage, ne devienne pas, par une instruction
« devant les tribunaux, un scandale public, et n'acquière
« pas par des jugements une certitude judiciaire ; que,
« par conséquent, le pardon du mari, ou sa réconcilia-

« tion avec sa femme, soient toujours accueillis comme
« une fin de non recevoir contre toutes poursuites ; que
« c'est ainsi que le droit d'action sur ce fait avait été
« réglé par la jurisprudence antérieure au Code pénal ;
« que c'est ainsi encore que le Code civil, en faisant de
« l'adultère une cause de divorce et en prononçant une
« peine contre la femme, après l'admission du divorce
« sur cette cause, avait ordonné dans son article 272 que
« l'action en divorce serait éteinte par la réconciliation
« des époux, survenue, soit depuis les faits qui auraient
« pu autoriser cette action, soit depuis la demande en
« divorce.

« Que l'article 336 du Code pénal doit être réputé,
« dans la généralité de sa rédaction, avoir admis des règles qu'il n'a pas exclues ; qu'il doit être réputé particulièrement, s'en être référé sur ces règles, aux dispositions du Code civil, auxquelles il s'est expressément conformé, lorsqu'il a dû fixer la peine qui serait prononcée contre la femme convaincue d'adultère ; qu'il s'en suit que non seulement le ministère public n'a pas le droit de poursuivre d'office le fait d'adultère ; mais encore que ces poursuites ne peuvent être légalement exercées que sur une dénonciation du mari, contre laquelle il n'existe pas de fin de non recevoir par une réconciliation antérieure, opérée avec connaissance des faits dénoncés ; *et que l'action du ministère public cesse même d'avoir un caractère légal, lorsque, pendant les poursuites, le mari retire la dénonciation par une*

« *déclaration formelle*, ou lorsqu'il en anéantit l'effet par
« un pardon ou par une réconciliation résultant de cir-
« constances dont l'appréciation appartient aux tribu-
« naux.

« Et attendu que la Cour royale de Montpellier, après
« avoir déclaré dans son arrêt du 14 mai dernier qu'il
« paraîtrait que le sieur X... a pardonné les faits, et qu'il
« y aurait eu réconciliation entre les époux ; a jugé que
« le sieur X... ayant nanté le ministère public de son ac-
« tion, elle demeurerait dans toute sa force, indépendam-
« ment de ce qui aurait pu se passer entre le mari et la
« femme ; qu'en conséquence et sur ce seul motif, cette
« Cour a maintenu la condamnation qui avait été pro-
« noncée par le jugement de première instance contre la
« dame X..., en quoi elle a faussement interprété et violé
« ledit article 336 du Code pénal ; la Cour casse,
« etc... (1). » — Le complice de la femme profite de
toutes les exceptions qu'elle peut invoquer ; si donc avant
qu'un jugement intervienne, le mari pardonne à sa femme,
le complice profite du désistement du mari, et ce désiste-
ment le met à l'abri soit d'une peine, soit d'une condam-
nation à des dommages-intérêts. C'est là, du moins, la
doctrine généralement admise, et c'est l'opinion de la ju-
risprudence à laquelle nous nous conformons.

Dès qu'un jugement est intervenu, le sort du complice
est complètement indépendant de celui de la femme ma-
riée ; celle-ci peut être grâciée par son mari, en ce sens,

1. Dalloz. V^o Adultère, p. 345, note 1.

que ce dernier peut toujours faire tomber l'effet de la condamnation en consentant à reprendre sa femme (1), mais le complice ne profitera pas de la grâce accordée à la femme, la loi n'a donné ce droit au mari qu'à l'égard de son conjoint.

Le complice est d'ailleurs traité plus sévèrement que la femme adultère. C'est ainsi qu'aux termes de l'article 338 « le complice de la femme adultère sera puni de l'emprisonnement pendant le même espace de temps (*que la femme*) et en outre d'une amende de cent francs à deux mille francs. » On s'est demandé si la plainte de l'époux outragé était suffisante pour autoriser le ministère public à agir contre le complice quand celui-ci est un homme marié ? La plainte de la femme du complice n'est-elle pas nécessaire pour que celui-ci puisse être poursuivi ? Nous ne le pensons pas, car l'article 338 ne fait aucune distinction suivant que le complice est marié ou non : il s'appliquera donc dans tous les cas.

De même le ministère public pourra-t-il sur la dénonciation de la femme du mari qui a entretenu une concubine dans la maison conjugale, poursuivre la femme mariée complice du mari ? Il semble que la question n'ait pas d'intérêt, car la loi n'édicte aucune peine contre la concubine du mari adultère. Mais la jurisprudence constante décide que la concubine est passible des peines de la complicité (2). Dès lors la question présente un intérêt

1 Art. 337, Code pénal.

2. Cassation, 28 fév. 1868. D, 1868, 1, 233 ; Paris, 20 décembre 1873 ; D, 1875, 2, 72.

évident. La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer à ce sujet : elle a déclaré que la plainte en adultère formée par la femme contre son mari, saisit le tribunal correctionnel, aussi bien à l'égard de la concubine qu'à l'égard du mari, alors même que cette concubine serait mariée et que le mari ne se plaindrait pas, ou même protesterait contre la poursuite.

Dans cette brève étude, nous avons traité plus directement de l'adultère de la femme, disons quelques mots en terminant sur l'adultère du mari.

La loi *Julia de adulteriis* suivie autrefois en France interdisait à la femme de porter contre son mari une plainte en adultère. Le Code pénal n'a point maintenu cette défense et par un juste motif de réciprocité, il a reconnu à la femme par l'article 339 du Code pénal le droit de faire condamner à une amende le mari convaincu d'avoir entretenu une concubine au domicile conjugal. Si la loi est moins sévère pour réprimer l'adultère du mari que celui de la femme, c'est parce qu'elle considère que l'adultère du mari n'apporte pas dans la famille un trouble aussi grand que celui de la femme et que son inconduite ne présente pas les mêmes dangers.

Les raisons qui veulent que le mari ait seul le droit de provoquer l'exercice de l'action publique, militent également pour n'accorder ce droit qu'à la femme seule en cas d'adultère du mari. Mais elle n'a pas le droit de se désister, ni de faire cesser les effets de la condamnation, quand l'action a été mise en mouvement. Le mari peut invoquer

comme seule fin de non recevoir contre la dénonciation de la femme, la réconciliation ; il ne peut opposer à la femme poursuivante qu'elle est elle-même coupable d'adultère ; aucune loi ne prononce contre elle une fin de non recevoir semblable à celle établie contre le mari par l'article 336 (1).

§ 2. *Rapt.*

Le principe que le ministère public peut mettre d'office en mouvement l'action publique pour toute espèce de délit, sans avoir à considérer s'il y a eu ou non plainte de la partie lésée, fléchit ici encore, devant les termes bien formels de l'article 357 du code pénal, ainsi conçu : « Dans le cas où le ravisseur aurait épousé la fille qu'il a enlevée, il ne pourra être poursuivi que sur la plainte des personnes, qui d'après le code civil, ont le droit de demander la nullité du mariage, ni condamné qu'après que la nullité du mariage aura été prononcée. »

Demandons-nous tout d'abord quelles sont, d'après le Code civil, les personnes qui ont le droit de demander la nullité du mariage ? Ce sont :

1° La victime du rapt, si le mariage a été contracté sans son libre consentement (art. 180) ;

2° Les père et mère, ascendants ou conseil de famille,

5. Paris, 9 novembre 1864 ; Cassation, 23 mars 1865 ; Dalloz, 1865, 1, 400.

dont le consentement nécessaire pour la validité du mariage n'a point été requis (art. 182).

Le législateur en subordonnant la poursuite du rapt aux conditions énoncées dans l'article 357 semble bien avoir voulu éviter l'éclat qui résulterait d'un procès criminel, éclat qui retomberait non-seulement sur la victime elle-même mais sur sa famille ; aussi, sachant que dans les cas des articles 144, 147, 161, 162, 163 et 191 du Code civil, le ministère public a été investi du droit d'attaquer le mariage, doit-on se demander, si à défaut de plainte de la part des époux ou de ceux qui avaient intérêt à demander la nullité du mariage, il peut agir d'office ?

Nous optons pour l'affirmative (1) ; selon nous, dans les cas de mariage où il y a impuberté, bigamie ou inceste, le ministère public, représentant de la société, peut non-seulement, mais doit agir. En effet, l'article 190 qui vise ces trois hypothèses, porte le ministère public *peut et doit* agir.

Ce n'est plus, comme dans l'hypothèse prévue par l'article 191, une simple faculté qu'on leur accorde, c'est tout à la fois un droit qu'on leur confère et un devoir qu'on lui impose.

L'honnêteté publique est trop gravement blessée, les bonnes mœurs sont trop ouvertement offensées pour que la société, si essentiellement atteinte, puisse fermer les yeux, malgré le désir qu'elle peut avoir de ne pas jeter la déconsidération sur les familles.

1. Sic. Ortolan. Op. cit. II. n° 1709.

L'orateur du gouvernement a justifié la dérogation au droit commun apportée par l'article 357 C. pénal dans les termes suivants : « Si le ravisseur a épousé la personne qu'il avait enlevée, le sort du coupable dépendra du parti qui prendront ceux qui ont le droit de demander la nullité du mariage. S'ils ne la demandent point, la poursuite du crime ne peut avoir lieu ; autrement la peine qui serait prononcée contre le coupable rejaillirait sur la personne dont il a abusée, et qui, victime innocente de la faute de son époux, serait réduite à partager sa honte. Il ne suffit pas même pour que l'époux puisse être poursuivi criminellement, que la nullité du mariage ait été demandée ; il faut encore, en effet, que le mariage soit déclaré nul ; car il serait possible qu'à l'époque où l'action en nullité serait intentée, il existât une fin de non-recevoir contre les parents, soit parce qu'ils auraient expressément ou tacitement approuvé le mariage, soit parce qu'il se serait écoulé plus d'une année sans réclamation de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance du mariage » (1).

La rédaction de l'article 357 semble bien exiger deux conditions pour que l'action publique contre le ravisseur puisse être exercée : que la nullité du mariage ait été prononcée et que ceux qui avaient le droit de le faire annuler aient porté plainte. M. Mangin (2), cependant, soutient qu'une fois le mariage annulé, le ministère pu-

1. Boitard. Droit criminel, p. 378.

2. Mangin. Op. cit. I. n° 145.

blic peut agir sans être provoqué par une plainte ; selon lui, la demande en nullité de mariage est une plainte. « Quels motifs, dit-il, la loi aurait-elle eus, pour subordonner les poursuites à la dénonciation des parties qui ont fait annuler le mariage ? Le ravisseur n'appartient plus par aucun lien, ni à la personne qu'il avait enlevée, ni à la famille de celle-ci ; repoussé par l'une ou par l'autre, peut-être par toutes les deux, comment la loi les avouerait-elle comme arbitres de son sort ? Quel intérêt légitime peuvent-elles avoir à ce qu'il soit épargné ? »

Quelque séduisante que puisse paraître l'opinion professée par M. Mangin, nous ne pensons pas qu'on doive la faire prévaloir sur les termes formels de l'article 357 pour autoriser le ministère public à agir sans une plainte préalable des parties ; telle est aussi l'opinion émise par M. Legraverend (1).

Soit que l'on adopte l'une ou l'autre des deux opinions que nous venons d'indiquer, il n'en reste pas moins reconnu d'une façon absolue qu'il faut tout au moins, avant que l'action publique ne soit mise en mouvement, l'annulation du mariage ; la question de nullité du mariage est une question préjudicielle qui doit être jugée par les tribunaux civils ; la question de l'état des époux doit être résolue par le juge civil avant qu'on ne puisse passer outre au jugement de l'action criminelle. Les paroles de

1. Legraverend, Op. cit., I, page 48.

M. Faure (1), orateur du gouvernement, ne peuvent laisser place au doute : « Il ne suffit pas, dit-il, pour que l'époux puisse être poursuivi criminellement, que la nullité du mariage ait été demandée, il faut encore que le mariage soit déclaré nul..... »

Il est intéressant de savoir si, lorsque le ravisseur s'est placé à l'abri de l'action publique par son mariage avec la mineure, ses complices peuvent être néanmoins poursuivis ? Aux termes de l'article 59 du Code pénal, « les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit, sauf le cas où la loi en aurait disposé autrement. »

Il est évident, tout d'abord, que la règle de l'article 59 doit être entendue en ce sens que le complice sera puni de la même peine de droit, mais non pas nécessairement de la même peine de fait ; de plus, on sait que l'auteur principal, échappant quelquefois à la poursuite, le complice peut cependant seul y rester soumis. C'est ce qui a été jugé par la Cour d'assises de la Seine le 26 mars 1834 (2).

Cette façon de voir a été condamnée par la Cour de cassation, qui a reconnu que l'article 357 du Code pénal s'applique aux complices de l'enlèvement aussi bien qu'au ravisseur lui-même (3). MM. Chauveau et Hélie (4)

1. Loqué, XXX, p. 485.

2. Dalloz, V^o Complice, page 470.

3. Cass. 2 octobre 1852. Dalloz, 1852, 1, 312. Sic Mangin, Op. cit., n^{os} 143, 147. Legraverend, Op. cit., I, p. 47. Ortolan, Op. cit., II, n^o 1714.

4. Chauveau et Hélie, Op. cit., IV, p. 466.

approuvent la décision de la Cour suprême, par la raison que le pardon n'a pas été accordé au coupable en sa propre faveur, mais bien par considération pour la personne enlevée et pour sa famille; de telle sorte que le mariage du ravisseur et de la jeune fille enlevée est une fin de non-recevoir contre toute poursuite et non pas une excuse personnelle en faveur du ravisseur. Bref, ils en arrivent à conclure que les complices de rapt ne doivent point être poursuivis. Malgré l'autorité de ces auteurs, il nous semble qu'en décidant, comme ils le font, que les complices de rapt ne peuvent être poursuivis, c'est porter atteinte à la théorie générale de la complicité, théorie à laquelle on ne pourrait apporter, à notre avis, une exception qu'en vertu d'un texte formel qui, dans l'espèce, n'existe pas.

SECTION II

Exceptions introduites dans l'intérêt de l'Etat. — Délits des fournisseurs des armées de terre et de mer.

L'article 433 du Code pénal, *in fine*, dispose que la poursuite dans les divers cas prévus par les articles 430, 431, 432 du même Code, ne peut être faite que sur la dénonciation du gouvernement.

La poursuite est ici subordonnée à une plainte du gouvernement parce que seul l'intérêt de l'État est en jeu. Les fournisseurs de l'État peuvent, par l'inexécution de leurs engagements, être la cause des plus grandes calamités ; aussi sont-ils soumis à des peines rigoureuses, telles que la réclusion ; mais, pour que de telles peines puissent leur être infligées, il faut que les fournisseurs retardataires dans leurs livraisons, ne puissent prouver que leur inexactitude est le fait de leurs agents ou le résultat d'un cas de force majeure.

Le motif de la disposition finale de l'article 433, disait M. Louvet, rapporteur de la commission de législation, dans la séance du 19 février 1810, « est le besoin de rassurer les fournisseurs pénétrés de leurs devoirs et qui auraient humainement fait tout ce qui dépendait d'eux pour les remplir. Leur position, leurs efforts seront appréciés et il leur en sera tenu compte. »

Mais peut-être n'est-ce pas là le seul motif ; la loi a pensé qu'une poursuite intempestive présenterait quelquefois plus de dangers pour l'Etat que ne peut le faire l'impunité (1).

Les dispositions pénales contenues dans les articles 430 et suivants ne s'appliquent qu'aux fournisseurs des armées de terre et de mer et non aux autres administrations ; cela résulte des discussions qui eurent lieu au Conseil d'Etat dans les séances des 20 décembre 1808 et

1. Voir l'exposé des motifs présenté par M. Faure sur les articles 430 à 433 du code pénal (Séance du 9 février 1810).

25 février 1809. Aucune disposition de la loi ne fait, il faut le remarquer, de distinction entre le temps de guerre et le temps de paix ; à l'une comme à l'autre de ces deux époques les dispositions pénales sont les mêmes.

La poursuite est subordonnée dans tous les cas à une dénonciation du gouvernement ; il est admis généralement que les ministres de la guerre et de la marine peuvent valablement dénoncer les crimes et délits des fournisseurs et requérir la poursuite.

Quant à la forme de la plainte, la Cour de cassation a jugé qu'une simple lettre suffisait, sans qu'il y ait besoin de recourir à une forme solennelle.

Elle a également décidé qu'il ne suffirait pas pour autoriser les poursuites contre un fournisseur de l'armée de mer, d'une dénonciation que porterait un préfet maritime, sans y avoir été expressément provoqué par le ministre de la marine (1).

En effet, le ministre, chef suprême de son administration, en qui se personnifie le gouvernement, est seul en position d'apprécier à tous les points de vue les besoins du service de son département et de reconnaître si la poursuite peut être exercée sans danger.

Remarquons pour finir sur ce sujet, que c'est aux tribunaux qu'appartient le droit de constater les éléments constitutifs du crime ou du délit, par les moyens d'instruction ordinaires. Une simple déclaration du gouver-

1. Cassation, 13 juillet 1860. D. 1860, 1 362.

nement qu'un service a manqué ou a été retardé ne suffirait pas et ne saurait lier les juges (1).

SECTION III.

Exceptions introduites dans un intérêt privé.

Premier cas. — Chasse.

La loi du 3 mai 1844, qui régit aujourd'hui encore la matière de la chasse s'est à peu près bornée sur le point qui doit nous occuper à reproduire les termes de la loi du 30 avril 1790 ; elle porte dans son article 26 : « Tous les délits prévus par la présente loi, seront poursuivis d'office par le ministère public, sans préjudice du droit conféré aux parties lésées par l'article 182 du Code d instruction criminelle.

« Néanmoins dans le cas de chasse sur le terrain d'autrui, sans le consentement du propriétaire, la poursuite d'office ne pourra être exercée par le ministère public, sans une plainte de la partie intéressée, qu'autant que le délit aura été commis dans un terrain clos, suivant les termes de l'article 2 et attenant à une habitation ou sur des terres non dépouillées de leurs fruits. »

Nous devons tout d'abord remarquer qu'en général, le

1. Chauveau et Hélie, *Op. cit.*, VI, page 93.

ministère public a le droit de poursuivre d'office toutes les infractions à la police de la chasse ; ce n'est qu'exceptionnellement, lorsque le délit a été commis dans un terrain non clos, non attenant à une habitation ou dépouillé de ses fruits, que la mise en mouvement de l'action publique est subordonnée à la plainte de la partie lésée.

La raison en est que le délit de chasse commis sur le terrain d'autrui sans le consentement du propriétaire, est une atteinte portée à un intérêt purement privé.

L'exception au droit commun cesse lorsque le délit est commis dans un terrain clos, attenant à une habitation et non encore dépouillé de ses fruits ; la loi a présumé dans ce cas que le propriétaire ne pouvait être considéré comme ayant donné son consentement, car il n'y a plus seulement délit de chasse, mais véritable violation de domicile et atteinte portée à la propriété qui exige une protection toute particulière.

S'il appartient au propriétaire du terrain en temps non prohibé, c'est-à-dire, lorsque la chasse est ouverte, de ne pas user de son droit envers les délinquants qui chassent sur son terrain sans son consentement, en ne poursuivant pas ou en ne provoquant pas contre eux l'action du ministère public, il n'en est pas de même en temps prohibé où le ministère public jouit dans l'intérêt général et sans avoir besoin d'être provoqué par la plainte du propriétaire, de la plénitude de son action contre les coupables ; alors, en effet, il y a délit intéressant l'ordre public.

Lors même qu'une plainte du propriétaire sur le terrain duquel on a chassé s'est produite, le ministère public n'est pas obligé d'agir ; c'est à lui d'apprécier si oui ou non, il faut donner suite à la plainte. Voici ce qui a été dit à ce sujet lors de la discussion de la loi de 1844 : « Lorsqu'une plainte est adressée du ministère public, il l'examine, et si elle lui paraît évidemment mal fondée ou inspirée par quelque mauvaise passion, plutôt que par le désir légitime d'arriver à la punition d'un fait véritablement condamnable, il ne poursuit pas. »

Cette interprétation de l'article 26 est conforme aux règles ordinaires du droit pénal.

On regarde le propriétaire du terrain sur lequel on a chassé comme ayant accordé la permission lorsque ce terrain est dépouillé de ses récoltes ; mais quand la chasse a eu lieu sur un terrain encore chargé de fruits, la présomption précédente tombe et c'est au prévenu qu'il appartient de prouver qu'il avait obtenu le consentement du propriétaire, mais disons nous, qu'outre la preuve de ce consentement il doit encore fournir la justification qu'il avait obtenu l'autorisation à l'époque même où le fait de chasse lui a été reproché ? L'année même où la loi sur la chasse fut promulguée, la cours d'Amiens a jugé « qu'aux termes « de l'article 11 de la loi du 3 mai 1844, on ne peut chas-
« ser sur le terrain d'autrui sans le consentement du pro-
« priétaire, et que la peine peut être aggravée si le délit a
« été commis sur des terrains non dépouillés de leurs
« fruits ; qu'aux termes de l'article 26, la poursuite, dans

« ce cas, doit avoir lieu d'office, sans la plainte de la par-
« tie intéressée; qu'il suit de là que le propriétaire peut
« transmettre à autrui la faculté que la loi nouvelle lui
« accorde de chasser dans ses récoltes mais qu'il est né-
« cessaire que le consentement existe au moment où le
« fait est accompli; que si la loi n'a pas déterminé le
« mode de preuve de ce consentement, elle en a laissé
« l'appréciation aux tribunaux; si, par conséquent, cette
« preuve peut être produite utilement lors de la pour-
« suite, *il faut, du moins, qu'elle établisse clairement la si-*
« *multanéité du fait et du consentement du propriétaire;*
« qu'une approbation subséquente et tardivement pro-
« duite ne saurait ôter au fait accompli le caractère de
« délit qui lui aurait été imprimé lors de sa perpétration
« et aurait ainsi couvert l'action publique (1). »

Cette solution de la cour d'Amiens nous semble bien rigoureuse, et nous pensons qu'une autorisation tardive survenue même pendant le cours des poursuites serait suffisante pour les faire cesser.

Voici ce qu'a dit M. Dalloz à ce sujet : « L'arrêt suppose, dit-on, que le délit de chasse est consommé dès qu'on a chassé sur des fonds non récoltés, sans l'assentiment formel du propriétaire; mais nous ne voyons rien la loi ni dans les discussions des chambres qui autorise cette interprétation. A notre avis la loi présume bien dans les cas dont il s'agit, le non consentement du propriétaire, et c'est pour cela qu'elle autorise le ministère

1. Amiens, 12 novembre 1844. D. T. 8, p. 179, note 1.

public à exercer des poursuites sans qu'il ait été préalablement porté plainte; mais elle n'exige pas pour que la présomption établie tombe, devant la preuve contraire, résultant de la production du consentement du propriétaire, que ce consentement ait été donné en termes exprès avant la perpétration du fait de chasse, il suffit donc qu'il intervienne d'une manière certaine durant les poursuites pour qu'il anéantisse celles-ci (1). »

La Cour de cassation a décidé que le ministère public pouvait poursuivre sans plainte préalable tous les délits de chasse commis dans les forêts de l'État, des communes et des établissements publics; nous croyons également que les agents de l'administration forestière sont investis de ce droit en cas de délits de chasse commis dans les bois soumis au régime forestier.

Pour pouvoir en toute sécurité chasser sur le terrain d'autrui, il faut avoir obtenu le consentement du propriétaire ou de ses ayants-droit, et par ayant-droit il faut ici entendre : l'usufruitier, l'emphytéote et même le simple concessionnaire du droit de chasse. Une question grosse de controverses s'est élevée au sujet de savoir si le fermier, en cas de bail muet sur le droit de chasse, pouvait porter plainte. Nous croyons que cela dépendra d'une autre question qui consiste à savoir si, dans le silence des parties, le droit de chasse appartient au propriétaire ou au fermier.

1. Dalloz, Répertoire, v^o Chasse, n^o 413.

Malgré les efforts tentés par plusieurs des orateurs qui ont pris part à la discussion de la loi du 3 mai 1844, pour faire sortir de la controverse la question de savoir à qui du fermier ou du propriétaire devait désormais appartenir le droit de chasse, cette question est demeurée indécise, par le motif, a-t-on dit, qu'il s'agissait uniquement d'une loi sur la police de la chasse.

Trois systèmes se sont fait jour sur cette question ; c'est donc aux anciennes doctrines qu'il faut recourir. Le premier système accorde le droit de chasse au fermier et en exclut le propriétaire, par le motif que la chasse étant de nature à être affermée, devient une sorte de produit de la propriété (1).

Le second système est celui qui voit dans la chasse non un fruit ou un produit de la propriété, mais un simple droit voluptuaire, lié aux attributs de la propriété, lorsque le contrat ne l'en a pas détaché pour le faire passer au fermier (2).

Enfin, le troisième système consiste à attribuer le droit de chasse concurremment au propriétaire et au fermier (3).

La jurisprudence elle-même a été aussi hésitante que la doctrine et a rendu bien des arrêts en sens différents (4).

1. Sic Duvergier. Louage, n° 73.

2. Sic Favard de Langlade. V° Chasse, n° 15. — Merlin, V° Chasse. — Loiseau et Verge. Loi sur la chasse, p. 17.

3. Sic Duranton, t. IV, n° 286. — Proudhon, Traité du domaine de propriété, n° 382.

4. Cassation, Bruxelles, 6 novembre 1822-20 janvier 1836. Angers, 14 août 1826.

Nous nous rallions au second de ces systèmes, et nous pensons que le fermier victime d'un délit de chasse ayant porté dommage à ses récoltes, même en temps non prohibé, peut s'adresser aux tribunaux civils pour se faire indemniser du préjudice éprouvé, mais non mettre par une plainte l'action publique en mouvement; ce droit appartient au propriétaire. Voici, d'ailleurs, un arrêt de cassation du 5 avril 1866 qui tend à nous confirmer dans notre appréciation.

« Attendu que la loi des 28-30 avril 1790, édictée provisoirement, dans la pensée principale comme l'expriment ses considérants, de protéger les récoltes contre les entraînements des chasseurs, établissait des dispositions restrictives des droits des propriétaires, et étendait les droits de poursuite à exercer par le fermier; mais que ces dispositions n'ont pas été reproduites par la loi du 3 mai 1844; que notamment son article premier attribuait au propriétaire des fruits, et par conséquent au fermier un droit général absolu à une amende de 10 francs, pour tout délit de chasse commis sur sa ferme, sans subordonner ce droit à la preuve d'un dommage quelconque qu'il en aurait éprouvé, et en y ajoutant la faculté de réclamer de plus amples réparations en cas de préjudice plus considérable; que l'article conférait ainsi par voie de conséquence, au fermier, le droit implicite, confirmé par l'article 8, de poursuivre tous les délits de chasse commis sur les terres à lui affermées, pour se faire allouer l'indemnité à lui tou-

« jours due ; attendu que ce système n'a pas été consa-
« cré par la législation nouvelle ; qu'en réglementant le
« mode de poursuite la loi du 3 mai 1844 ne parle plus
« nommément du fermier ou propriétaire de fruits ; que
« son article 26 combiné avec les articles 182 et 63 du
« C. Inst. cr., se borne à autoriser la personne lésée par
« un délit de chasse à en poursuivre la réparation devant
« le tribunal correctionnel ; qu'il faut donc que ce soit le
« délit en lui-même qui occasionne le préjudice au pour-
« suivant, et que la plainte émane de celui en violation des
« droits de qui le délit de chasse a été commis, c'est-à-dire du
« propriétaire de la chasse ; que si un tiers, le fermier par
« exemple, éprouve un préjudice résultant d'un mode
« d'exécution de la chasse ou d'un fait accessoire, mais
« qui ne rentre pas dans les éléments constitutifs du
« délit de chasse, ce tiers est fondé à demander la répa-
« ration du fait dommageable à la juridiction compétente
« pour en connaître ; mais qu'il ne peut puiser dans l'ar-
« ticle 26 l'autorisation de saisir le tribunal correctionnel et
« de le mettre en demeure de prononcer la peine du délit de
« chasse qui ne lèse que le propriétaire... etc... (1). »

Quant à la plainte, elle doit être formée conformément aux articles 31 et 65 du Code d'instruction criminelle, et une fois les poursuites entamées sur la dénonciation du plaignant, ce dernier, par son désistement, ne peut paralyser le cours de l'action publique.

Les délits de pêche, contrairement à l'opinion soute-

1. Cassation, 5 avril 1866. D. 1866, 4, 412.

nue par M. Mangin (1), ne doivent pas être assimilés aux délits de chasse relativement à la nécessité d'une plainte préalable des propriétaires riverains ou des fermiers dont les droits ont été lésés ; le ministère public a le droit de mettre directement l'action publique en mouvement pour en obtenir la répression (2).

Deuxième cas. — Contrefaçon.

Toute découverte ou nouvelle invention dans tous les genres d'industrie est la propriété de son auteur ; il en est de même des produits nouveaux qu'il a fabriqués, mais à côté du droit de création se trouve le droit de reproduction et d'imitation. Il faut que l'inventeur, pour trouver une juste rémunération de son travail, de l'effort de son intelligence, jouisse seul, pendant un certain temps tout au moins, du droit d'exécution. Pour lui assurer ce droit, on lui délivre un brevet d'invention et la contrefaçon est l'atteinte portée à cette propriété, à ce droit exclusif d'exploiter une invention.

Deux conditions doivent se trouver réunies pour qu'il y ait contrefaçon : 1° qu'il y ait atteinte aux droits du breveté ; 2° que cette atteinte résulte, soit de la fabrication de produits, soit de l'emploi de moyens faisant l'objet du brevet.

1. Mangin, *Op. cit.*, I, n° 159.

2. Faustin Hélie, *Op. cit.*, II, 819. Ortolan, *Op. cit.*, n° 1735.

La contrefaçon lésant au plus haut point l'intérêt du breveté, il était juste de subordonner la mise en mouvement de l'action publique pour punir le contrefacteur, à la plainte de la partie lésée, du breveté ; c'est donc avec raison que la loi du 8 juillet 1844 porte dans son article 45 : « L'action correctionnelle pour l'application des peines ne pourra être *exercée* par le ministère public, que sur la plainte de la partie lésée. »

La raison d'être de cet article se trouve toute entière dans l'exposé des motifs à la Chambre des députés le 17 avril 1843. « Le breveté pouvant avoir consenti aux faits qui paraissent constituer une infraction à ses droits exclusifs, il convenait de n'admettre, par exception au droit commun, la poursuite du ministère public que sur une plainte qui repousse la supposition favorable au libre exercice du commerce et de l'industrie. »

La plainte doit être faite en conformité des art. 31 et 65 du Code d'instruction criminelle, mais il s'est élevé une controverse sur le point de savoir si le désistement du plaignant pouvait arrêter la poursuite commencée. La Cour de cassation (1), ainsi que M. Faustin-Hélie, malgré l'article 45 précité, qui semble leur donner tort en employant le mot *exercé* et non *introduit*, soutiennent que le désistement ne peut faire obstacle à la continuation des poursuites par le ministère public. Nous pensons que cette manière de voir est la bonne ; l'article 4 du C. inst. cr. est formel pour nous dire : « La renonciation à l'ac-

1. Cassation, 2 juillet 1833. Dalloz, 1854, 1, 366.

tion civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique. »

Dans deux cas seulement, croyons-nous, le désistement peut arrêter la marche de l'action publique : le premier, qui résulte d'une induction, est celui où le mari se désiste de la plainte qu'il a portée contre sa femme adultère ; le second, formellement énoncé dans la loi, se produit dans l'hypothèse prévue par la loi du 29 juillet 1881 (art. 60).

Les exceptions sont de stricte interprétation et ne doivent pas être étendues à des cas autres que ceux pour lesquels elles ont été formellement établies.

Outre la contrefaçon industrielle sur laquelle nous venons de présenter quelques observations, peut exister une contrefaçon artistique ou littéraire qui n'obéit pas aux mêmes règles que la première.

Dans ce dernier cas, en effet, le ministère public, sans qu'on puisse raisonnablement s'expliquer cette différence avec le cas de contrefaçon industrielle, peut poursuivre d'office le délit de contrefaçon et requérir l'application des peines portées contre les contrefacteurs par l'article 429 du Code pénal, y compris la confiscation.

De ce que la plainte de la partie lésée n'est point, dans ce cas, nécessaire pour mettre l'action publique en mouvement, il résulte qu'il n'y a pas de désistement possible, capable d'empêcher l'application de la peine (1).

1. Ortolan. *Op. cit.* II. n° 1737.

Troisième cas. — Injures et diffamation commises par la voie de la presse.

Le grand principe qui domine notre droit pénal et qui veut que l'action publique appartienne au ministère public, que lui seul l'exerce, sans avoir besoin pour la mettre en mouvement de la plainte des personnes victimes du crime ou du délit est vrai encore en ce qui concerne les délits commis par la voie de la presse.

L'article 47 § 1 de la loi nouvelle du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse s'exprime ainsi : « La poursuite des crimes et délits commis par la voie de la presse, ou tout autre moyen de publication, aura lieu d'office à la requête du ministère public, sous les modifications suivantes. » Mais ce même article 47, après avoir posé le principe général, prend soin de nous dire qu'il y est apporté des exceptions.

En matière de diffamation et d'injures, l'action publique ne peut être exercée d'office par le ministère public, il doit attendre qu'une plainte ait été déposée par la personne diffamée ou injuriée.

M. de Serres, dans la discussion des lois de 1819, avait justifié cette exception au droit commun par les considérations suivantes : « Nul ne doit être engagé dans des débats, où la justice même et le triomphe ne sont pas toujours exempts d'inconvénients, et si le maintien de la

paix publique semble demander qu'aucun délit ne reste impuni, cette paix gagne aussi à ce qu'on laisse se guérir d'elles-mêmes, des blessures qui s'enveniment dès qu'on les touche. »

Avant d'entrer plus avant dans la question, disons tout de suite ce qu'il faut entendre par diffamation et injure. — L'article 29 de la loi de 1881 se charge de répondre pour nous : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne ou du corps auquel le fait est imputé, constitue une diffamation. »

« Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure. »

La loi de 1881 en ces matières, a subordonné la mise en mouvement de l'action publique à des conditions différentes : tantôt elle exige une délibération préalable requérant des poursuites ; tantôt le dépôt préalable d'une plainte.

Examinons en premier lieu les cas où l'exercice de l'action publique est subordonnée à une délibération requérant des poursuites.

Ces cas sont énumérés par l'article 47 § 1 qui dit que « dans les cas d'injures ou de diffamation envers les Cours, tribunaux et autres corps constitués, la poursuite n'aura lieu que sur une délibération prise par eux en assemblée générale et requérant des poursuites. »

Mais que devons-nous tout d'abord comprendre sous

la dénomination de corps constitués ? On entend en général, sous le nom de corps constitués, les corps auxquels la constitution ou les lois organiques ont attribué une partie de l'autorité ou de l'administration publique ; tels que le Sénat, le Corps législatif, le Conseil d'Etat, les conseils généraux, les conseils d'arrondissement et les conseils municipaux, le conseil supérieur de l'instruction publique, etc., et généralement tous les corps qui peuvent se réunir pour délibérer.

On ne peut au contraire considérer comme tels, les chambres d'avoués et de notaires (1) ainsi que les collèges électoraux (2). Nous devons faire remarquer que la Cour de cassation a décidé que la poursuite du délit de diffamation commis contre un corps constitué, soit de l'ordre judiciaire soit de l'ordre administratif, doit, à peine de non recevabilité, être précédé d'une délibération en assemblée générale des membres de ce corps et qu'une plainte collective de leur part ne saurait suppléer cette délibération (3).

Examinons maintenant les cas dans lesquels la mise en mouvement de l'action publique pour la répression de l'injure ou de la diffamation est soumise au dépôt d'une plainte préalable. Le dépôt d'une plainte, toutes les fois que l'injure ou la diffamation ne s'adresse pas à un corps constitué, est nécessaire. « Si le corps constitué, nous dit

1. Paris 19 nov. 1836. Dalloz, Répert. v^o 36 page 753 note 2.

2. Rennes 13 fév. 1838. D. Répert. v^o 36 page 609 note 2.

3. Cassation 3 août 1850. Dalloz, 1850. 5. 386.

l'article 47, § 1 *in fine*, n'a pas d'assemblée générale, la poursuite ne peut avoir lieu que sur la plainte du chef de ce corps ou du ministère dont ce corps relève. » Ainsi dans les cas d'injures ou de diffamation envers les armées de terre ou de mer, ce sont les ministres de la guerre et de la marine qui sont respectivement investis du droit de porter plainte.

Dans les cas d'injures ou de diffamation, envers les fonctionnaires publics, les dépositaires ou agents de l'autorité publique, envers les ministres des cultes salariés par l'Etat et les citoyens chargés d'un service ou d'un mandat public, la poursuite ne peut avoir lieu sans la plainte des diffamés ou du ministre dont ils relèvent (1). Tout membre de l'une ou l'autre Chambre (2), tout juré ou témoin (3), tout particulier (4) diffamé ou injurié doit porter plainte pour que les coupables puissent être poursuivis. — Seuls, sans qu'on puisse trop justifier cette disposition, le Président de la République et les ministres sont placés en dehors de la règle qui subordonne la poursuite à la plainte de la partie offensée ; quand il s'agit d'eux, le ministère public peut agir d'office.

Les plaintes des parties injuriées ou diffamées sont-elles soumises aux formalités des articles 31 et 65 du C. Inst. cr., ou en sont-elles exemptées ? La loi de 1881 est muette à ce sujet, mais nous penchons à croire que les

1. Art. 47, § 3. Loi du 29 juillet 1881.

2. Art. 47, § 2. Loi du 29 juillet 1881.

3. Art. 47, § 4. Loi du 29 juillet 1881.

4. Art. 60, § 1. Loi du 29 juillet 1881.

exigences de ces articles doivent être remplies ; ces plaintes doivent être rédigées par les plaignants ou leurs fondés de pouvoir, ou par le magistrat s'il en est requis, elles doivent contenir la qualité des plaignants, la procuration formelle de poursuivre et surtout l'articulation des faits incriminés ; de plus, la plainte rédigée conformément aux prescriptions de la loi doit être remise au fonctionnaire compétent.

Si toutes ces conditions n'étaient pas remplies, il nous semble que la volonté de la partie lésée et son intention formelle de poursuivre ne seraient pas suffisamment démontrées.

La plainte une fois portée et régulièrement portée, donne au ministère public le droit de poursuivre la diffamation ou l'injure, mais il peut apprécier l'opportunité de la plainte, commencer des poursuites ou s'en abstenir. L'obstacle qui l'empêchait d'agir a disparu, et sa disparition même permet au ministère public de reprendre la plénitude de ses droits ; il peut poursuivre ou s'abstenir, mais dans ce dernier cas, les plaignants conservent incontestablement le droit de se porter parties-civiles devant le juge d'instruction (1) ou de citer directement le prévenu devant le tribunal correctionnel (2). La jurisprudence contrairement au système qui prétend que le ministère public n'a plus le droit d'agir quand le retrait de la plainte a lieu avant le commencement des poursuites, avait décidé

1. Art. 63, Code Inst. cr.

2. Art. 182, Code Inst. cr.

que ce droit d'action restait intact(1). La question actuellement est résolue d'une façon positive, puisque l'article 60 de la loi nouvelle de 1881 a formellement reconnu que le désistement du plaignant arrête les poursuites commencées.

1. Cassation, 28 mai 1882 ; D. 1882, 1, 144.

CHAPITRE III

L'action publique comme nous l'avons dit, a en général son germe, en quelque sorte sa conception dans le délit lui-même qui peut la mettre en mouvement ; nous venons de parcourir les cas où par exception à cette règle, elle est subordonnée à la plainte de la partie lésée. Nous serions incomplets en laissant croire que cette nécessité de plainte préalable est la seule exception qui soit apportée au principe général et nous croyons devoir ici indiquer d'autres cas spéciaux et limitativement déterminés où la mise en mouvement de cette action est soumise à certaines conditions telles que :

Cas où la mise en mouvement de l'action publique est subordonnée à la solution d'un procès sur une question spéciale.

A côté des cas précités où l'action publique est subordonnée au dépôt d'une plainte préalable, il faut ranger ceux où elle est subordonnée au jugement d'une question préjudicielle.

On appelle ainsi, suivant M. Faustin-Hélie (1) : « une

1. Faustin-Hélie. Op. cit., II, p. 346.

exception qui suspend la poursuite ou le jugement d'un crime, d'un délit ou d'une contravention, jusqu'à la vérification préalable d'un fait antérieur, dont l'appréciation est une condition indispensable de cette poursuite ou de ce jugement. »

En matière criminelle, les exemples à citer sont nombreux : question de validité du mariage en cas de poursuites pour bigamie ; question de possession ou de propriété en cas de vol ; question de validité du mariage en cas de rapt suivi de mariage entre le ravisseur et la jeune fille ; etc... — Ces questions préjudicielles sont de deux espèces ; les unes sont préjudicielles à l'action elle-même, les autres ne le sont qu'au jugement. Les premières qui tiennent en suspens l'action publique, en sorte que celle-ci ne peut être intentée avant que ces questions n'aient été résolues, sont seules de véritables exceptions à l'article 3 du Code d'Instruction criminelle.

Nous ne nous occuperons que des deux questions préjudicielles à l'action publique les plus importantes : les questions d'état en matière de suppression d'état, et la faillite en matière de banqueroute, et encore en parlerons-nous très sommairement.

SECTION I

Questions d'état.

L'article 326 dispose : « Les tribunaux civils seront seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état. »

L'article 327 ajoute : « L'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. »

Ici, comme on le voit, le législateur a dérogé au droit commun qui veut que la poursuite des crimes et délits puisse être exercée sans entraves par le ministère public ; ici, contrairement à la règle qui veut que le criminel tienne le civil en état, c'est, au contraire, le civil qui tient le criminel en état. Le motif qui a déterminé le législateur à agir ainsi dans l'article 327, a été le désir de garantir le repos des familles et le bon ordre de la société : « N'a-t-il pas dû penser que la poursuite publique pénétrant dans l'intérieur d'une famille pour en scruter les secrets, en découvrir les plaies cachées, n'aurait pas plus d'inconvénients que d'avantages, et que, à tout prendre, l'impunité de quelques crimes d'une nature spéciale, et dont la propagation n'est guère à redouter,

était, quand ils demeuraient inconnus, moins funestes à la société, qu'une répression conquise au prix de cruelles discordes et de révélations scandaleuses (1). »

D'après M. Marcadé (2), la règle qui subordonne l'ouverture de l'action publique à un jugement préalable rendu au civil, tient à la croyance que les tribunaux de répression pouvant toujours admettre la preuve par témoins sans avoir besoin de se conformer aux règles du droit civil, violeraient ici la loi qui ne permet pas la preuve testimoniale en matière de filiation.

M. Demolombe (3) combat l'opinion de M. Marcadé qui repose sur un préjugé, car l'admissibilité de la preuve testimoniale dépend, non point de la différence des juridictions, mais de la nature des faits à vérifier. MM. Aubry et Rau (4) se rangent à l'opinion de M. Demolombe.

Ce que l'on a cherché à éviter, c'est que la décision rendue par une Cour d'assises ou un tribunal correctionnel, n'exerçât de l'influence sur le débat civil ; la loi a voulu que ce dernier fut vidé définitivement avant que l'action criminelle puisse commencer.

L'article 327 du Code civil ne se borne pas à surseoir au jugement de l'action publique pour la poursuite du crime de suppression d'état, et interdit de l'intenter tant que la question n'est pas jugée ; bien plus même, tant que la partie victime du crime de suppression d'état n'agit pas,

1. Bertauld. Questions et exceptions préjudicielles, n° 7.

2. Marcadé. Droit civil, II, p. 36.

3. Demolombe. Paternité et filiation, p. 271.

4. Aubry et Rau. Droit civil, VI, page 23, note 26.

le crime reste impuni, le ministère public doit garder le silence et l'atteinte portée à l'ordre social est à l'abri de toute poursuite.

M. Mangin, critiquant l'imperfection de la loi, veut que le ministère public, en cas d'inaction de la partie lésée, puisse agir, il prétend que quand le ministère public agit seul ou d'office, ce n'est point l'état supprimé qu'il réclame ; qu'il n'a et ne peut avoir en vue que la suppression de l'état même ; que rien ne peut donc arrêter son action, si l'état dont la suppression le fait agir n'est pas encore réclamé ou contesté devant les tribunaux civils. Il invoque aussi, à l'appui de son dire, les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat sur les articles 326 et 327 du Code civil.

Malgré l'opinion de ce savant jurisconsulte, il faut dire que la loi présente une lacune que l'on ne peut combler, et que si la personne, victime du crime de suppression, ne réclame pas, n'agit pas au civil, l'impunité est assurée au coupable (1).

La disposition de l'article 327 est exorbitante, il faut en indiquer les limites et reconnaître qu'elle sera inapplicable toutes les fois que la chose jugée au criminel devra laisser intacte la question d'état.

Quant aux crimes de supposition et de substitution de part, il faut leur appliquer les règles admises et reconnues en cas de suppression d'état, car ils donnent, eux

1. Demolombe, loc. cit., pages 275 et suiv.

aussi, à l'enfant, un état contraire à celui qui lui appartient réellement.

Les articles 326 et 327 sont placés dans le Code civil au titre de la paternité et de la filiation, il ne faudrait pas, malgré la généralité de leurs termes, croire qu'ils comprennent toute espèce de réclamation d'état et tout délit de suppression d'état ; ils ne s'appliquent qu'à la suppression d'état de filiation (1), mais sans qu'il y ait à distinguer s'il s'agit d'enfants légitimes ou naturels.

SECTION II

Banqueroute.

C'est une question controversée que celle de savoir si une poursuite en banqueroute contre un commerçant failli doit, avant d'être portée devant les tribunaux de répression, cours d'assises ou tribunaux correctionnels, avoir été précédée d'un jugement déclaratif de faillite rendu par le tribunal de commerce.

La jurisprudence de la Cour de cassation, sur cette matière, n'a jamais variée ; elle a toujours décidé que la poursuite pour banqueroute, bien que l'état de faillite

1. Mangin, Op. cit., 1, 182.

en soit un élément constitutif et une condition indispensable, n'est pas subordonnée à un jugement préalable de faillite par le tribunal de commerce ; elle décide que cet état peut être constaté par le tribunal de police correctionnelle pour la banqueroute simple, qui est un délit ; par la Cour d'assises pour la banqueroute frauduleuse, qui est un crime (1).

La doctrine, au contraire, est partagée sur ce point. Quant à nous, nous pensons que les tribunaux criminels peuvent être saisis de la prévention de banqueroute avant que la faillite ait été déclarée par le tribunal de commerce ; en effet, ce qui constitue l'état de faillite n'est pas le jugement du tribunal de commerce, mais bien la cessation de paiement ; on n'a donc qu'à examiner si effectivement le prévenu a suspendu ses paiements.

Aucune disposition de la loi commerciale n'a subordonné l'exercice de l'action publique en matière de banqueroute, soit à la plainte des syndics ou des créanciers, soit à un jugement du tribunal de commerce déclaratif de faillite. L'article 584 du Code de commerce reconnaît même aux tribunaux correctionnels le droit de juger les cas de banqueroute simple sur la seule poursuite du ministère public.

1. Cassation, 19 avril 1811, 7 nov. 1811 ; Dalloz, V^o Faillite, p. 438.

Se rallient à l'opinion de la Cour de cassation : MM. Mangin, II, n^o 430 ; Legraverend, I, p. 10 ; Pardessus, Cours de droit commercial, n^o 1094. — Sont d'un avis contraire : MM. Delamarre et Le Poitvin, Droit commercial, VI, n^{os} 42 et suivants ; Demangeat, Traité des faillites, VI, p. 63.

Ce serait ajouter au texte de l'article 440 du Code de commerce et méconnaître son esprit, que d'attribuer à la juridiction consulaire une compétence exclusive, quant à la constatation de l'état de faillite ; la poursuite spontanée du ministère public ne porte aucune atteinte à la disposition de cet article, puisque les effets légaux de la faillite tels qu'ils sont énoncés au Code ne peuvent jamais résulter que de la déclaration judiciaire de faillite par le tribunal de commerce, et que ces effets peuvent se produire nonobstant la poursuite criminelle.

La mission de la juridiction commerciale et celle de la juridiction répressive, sont complètement distinctes et ne se contrarient en aucun point de vue ; ces juridictions prononcent en effet sur des intérêts d'une nature diverse, excluant l'identité des parties, l'identité d'objet et l'identité des moyens de preuve ; la première règle les conséquences d'une situation commerciale et se renferme dans les limites de la responsabilité civile ; la seconde au contraire apprécie le fait de la cessation de paiements, recherche l'élément moral, décide si oui ou non une responsabilité pénale doit en dériver et si une peine doit être encourue.

Les motifs que nous venons d'indiquer nous semblent assez concluants pour pouvoir dire qu'il n'est pas nécessaire de soumettre la poursuite en banqueroute à un jugement préalable du tribunal consulaire déclaratif de faillite.

Au surplus, il a été spécialement décidé que la juridic-

tion criminelle, et principalement la Cour d'assises, peut prononcer le renvoi de l'affaire à une session ultérieure, si elle le juge à propos pour attendre la décision du tribunal de commerce sur la demande de déclaration de faillite (1).

L'indépendance de la juridiction criminelle et de la juridiction commerciale étant admise, la Cour de cassation a reconnu dans de nombreux arrêts (2), que les décisions rendues par cette dernière ne pouvaient lier la première.

Nous avons vu déjà qu'en cas de rapt d'une fille mineure que le ravisseur a épousée, la poursuite pour rapt ne peut avoir lieu que sur une plainte ; nous avons également dit qu'outre la plainte, il fallait pour que l'action publique puisse être mise en mouvement, une annulation préalable du mariage prononcé par le tribunal civil ; cette dernière condition pourrait bien ici trouver place, mais en ayant déjà parlé nous n'y reviendrons pas.

1. Cassation, 13 mai 1863. D. 1863, 1, 266.

2. Cassation, 22 mai 1846. D. 1846, 1, 319.

Cassation, 23 novembre 1827. D. T. 24, p. 440, note 3.

CHAPITRE IV.

CAS OU LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE EST
SUBORDONNÉE A UN RETOUR EN FRANCE, ARRESTATION OU
EXTRADITION A L'OCCASION D'UN DÉLIT COMMIS EN PAYS
ÉTRANGER.

Les articles 5, 7 du Code d'instruction criminelle déterminent les cas dans lesquels les crimes et les délits commis en pays étranger peuvent être punis en France, par les tribunaux français ; il peut sembler bizarre au premier abord, que ces articles au lieu de figurer dans le code pénal, où ils auraient dû trouver place, soient mentionnés au Code d'Instruction criminelle ; on peut expliquer cette apparente anomalie en faisant observer que le Code d'instruction criminelle fut fait avant le Code pénal, et que le législateur de 1808, crut devoir à l'occasion de l'action publique, s'expliquer sur le droit de poursuite en France et sur la compétence de nos tribunaux, relativement aux délits commis en pays étranger.

Nous nous occuperons spécialement ici des conditions auxquelles, dans les cas des articles 5 et 7, est soumise la mise en mouvement de l'action publique ; mais avant

d'aborder ce point spécial, quelques considérations préliminaires ne nous paraissent point ici déplacées.

L'article 3 du Code civil dispose : « les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire », en conséquence, l'Etat Français a le droit de punir les crimes ou les délits commis sur son territoire, soit par un Français, soit par un étranger.

La qualité des personnes, en ce cas, n'est pas prise en considération. On comprend au nombre des délits commis sur le territoire, ceux qui se passent, soit dans cette partie de la mer qu'on appelle, mer territoriale, soit en pleine mer, sur les navires de guerre ou de commerce français, soit sur un territoire ennemi occupé par notre armée. — *Là où est le drapeau, là est la France.* —

Quant aux conditions auxquelles sont soumises en France les poursuites des crimes et délits commis en pays étranger, elles ne sont plus aussi simples que dans le cas précédent.

Elles ont été formulées par les articles 5 et 7 du code de procédure criminelle, modifiés par la loi du 27 juin 1866 et ainsi conçus : « Art. 5. Tout Français qui hors du territoire de la France, s'est rendu coupable d'un crime puni par la loi française peut être poursuivi et jugé en France.

Tout Français qui hors du territoire de la France s'est rendu coupables d'un fait qualifié délit par la loi française, peut être poursuivi et jugé en France, si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis.

Toutefois, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu, si l'inculpé prouve qu'il a été définitivement jugé à l'étranger.

En cas de délit commis contre un particulier français ou étranger, la poursuite ne peut être intentée qu'à la requête du ministère public ; elle doit être précédée d'une plainte de la partie offensée ou d'une dénonciation officielle à l'autorité française par l'autorité du pays où il a été commis.

Aucune poursuite n'a lieu avant le retour de l'inculpé en France, si ce n'est pour les crimes énoncés en l'article 7 ci-après. »

Art. 7. « Tout étranger qui hors du territoire de la France, se sera rendu coupable, soit comme auteur, soit comme complice, d'un crime attentatoire à la sûreté de l'État, de la contrefaçon du sceau de l'État, ou de monnaies nationales ayant cours, de papiers nationaux, de billets de banque autorisés par la loi, pourra être poursuivi et jugé d'après les dispositions des lois françaises, s'il est arrêté en France, ou si le gouvernement obtient son extradition. »

Au point de vue théorique, nous ne nous occuperons pas de savoir si la loi pénale doit être territoriale ou personnelle ; au point de vue historique, nous n'entrons dans aucun détail sur les principes de l'ancien droit en cette matière, aussi que sur ceux qui avaient été établis par le code du 3 brumaire de l'an IV, et par le code d'instruction de 1808 ; nous nous attacherons aux règles posées par la loi nouvelle du 27 juin 1866.

S'agit-il d'un crime commis en pays étranger par un Français, l'article 5, § 1 de la loi de 1866 permet à la juridiction française d'entamer des poursuites, à la condition toutefois, que le coupable soit de retour en France. Il n'est apporté d'exception à cette nécessité de retour préalable que quand le crime est un de ceux prévus limitativement par l'article 5 du code d'instruction criminelle dont l'énumération a passé dans l'article 7 actuel. Dans ce dernier cas, on fait fléchir devant l'intérêt de l'État le principe passé dans l'article 5 § 5 et le Français peut être poursuivi présent ou absent, même par coutumace.

S'agit-il d'un crime commis hors du territoire, par un étranger, il est reconnu qu'il ne peut être poursuivi en France que pour un des crimes prévus dans l'article 7 et lorsqu'il se trouve entre les mains de l'autorité française ou que le gouvernement a obtenu son extradition.

En ce qui concerne les délits, la loi du 27 juin 1866 a donné une grande extension à notre pouvoir répressif pour atteindre les faits coupables commis à l'étranger peut être poursuivi et jugé en France dans les termes du nouvel article 5, § 2.

« Cet article n'établit aucune distinction, ni quant à la nature, ni quant à la gravité des délits : qu'ils soient contre la chose publique ou contre les particuliers, Français ou étrangers ; que la peine en soit grave ou légère, du moment que c'est une peine de police correctionnelle, tous entrent dans la généralité du nouveau texte.

Les délits politiques, les délits de presse ou de tout autre mode de publicité, y sont très certainement compris : on a voulu formellement, bien que les faits aient eu lieu en pays étranger, pouvoir les punir en France (1).

Mais une condition est alors requise : c'est que le fait qui a donné lieu à la France, soit également puni par la législation du pays où il a été commis (2).

En cas de délit contre un particulier, il faut outre la condition de retour en France, également exigée dans le cas précédent, une plainte de la partie offensée ou une dénonciation officielle émanant de l'autorité étrangère.

En ce qui concerne l'étranger ayant commis un délit hors de notre territoire, la loi du 27 juin 1866 n'a fait que reproduire les dispositions du Code de 1808 ; il n'est pas punissable en France ; le Gouvernement a seulement le droit de l'expulser du territoire français, par mesure de police et de le livrer au gouvernement étranger.

Ainsi donc, touchant les délits extra-territoriaux, la mise en mouvement de l'action publique en France est subordonné au retour du coupable.

Tant que cette dernière condition fait défaut, l'action publique ne peut être mise en mouvement, elle sommeille et ne peut être exercée. Mais de quel retour s'agit-il ?

1 Ortolon, op. cit., I, n° 918 bis.

2. Le projet de loi de 1866 ne faisait pas cette dernière distinction, elle fut préparée et justifiée devant le Corps législatif par le rapporteur M. Nogent Saint-Laurens. Dalloz, 1866. — 4. 76.

M. Boitard (1) prétend qu'il s'agit d'un retour volontaire et non d'un retour forcé par une arrestation en pays étranger. « En effet, dit-il, la seule raison de la compétence de la juridiction française, est la présence de l'agent coupable sur le territoire ; or cette présence ne trouble l'ordre, et ne donne à la cité un intérêt à la répression, que parce qu'il revient y exercer ses droits de citoyen et jouir de la protection des lois qu'il a violées. »

MM. Mangin (2) et Legraverend (3) émettent un avis analogue à celui de M. Boitard. Au contraire, M. Dalloz (4) pense que la condition serait remplie, si le prévenu reparaissait en France, quand même sa présence n'y serait qu'accidentelle. La Cour de cassation (5) a jugé qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre le retour volontaire et le retour forcé résultant, par exemple, de l'extradition obtenue à la suite d'un crime. — Nous penchons à croire quant à nous, qu'il faut un retour volontaire.

Une chose n'a jamais fait l'objet d'un doute ; c'est que l'action publique, en France, ne peut être mise en mouvement si le Français inculpé a déjà été poursuivi et jugé en pays étranger : la poursuite seule ne suffirait pas, il y ait eu jugement. Cette disposition qui respecte l'auto-

1. Boitard. Droit criminel, p. 471.

2. Mangin. Op. cit. I. n° 70.

3. Legraverend. Op. cit. I. p. 96 note 2.

4. Dalloz. T. 41. p. 340.

5. Cassation 23 janvier 1847. D. 1847. I. 453.

rité de la chose jugée est l'application de la maxime —
non bis in idem.

Si le Français après avoir été condamné en pays étranger, se réfugiant en France pour échapper aux suites de cette condamnation, on ne pourrait ni y faire exécuter cette condamnation ni y exercer contre lui de nouvelles poursuites (1).

1. Faustin Hélie. Op. cit. n° 680.

CHAPITRE V

CAS OU LA MISE EN MOUVEMENT DE L'ACTION PUBLIQUE EST
SUBORDONNÉE A UNE AUTORISATION PRÉALABLE.

SECTION I

Membres du clergé.

On se demande au sujet des membres du clergé si l'action publique pour la répression des crimes et des délits relatifs à l'exercice de leurs fonctions peut être mise en mouvement sans autorisation préalable.

Les ecclésiastiques ne sont dépositaires d'aucune partie de l'autorité temporelle ; ils ne sont pas fonctionnaires publics dans le sens de l'article 75 de la constitution de l'an VIII et ils ne peuvent invoquer les garanties que cet article accordait aux agents du gouvernement.

D'ailleurs si jamais un doute avait pu s'élever à cet égard, le décret rendu le 19 septembre 1870 par le gouvernement de la défense nationale le ferait disparaître

car dans son article premier, ce décret abroge formellement l'article 75 de la Constitution du 22 frimaire an VIII.

Les articles organiques de la convention du 26 messidor an IX qui règlent les rapports généraux de l'Eglise catholique avec les droits et la police de l'Etat ont été maintenus par la loi du 18 germinal an X, relative à l'organisation des cultes que l'on considère comme étant encore en vigueur, bien que quelques auteurs et entre autres M. Merlin (1) aient soutenu qu'ils avaient été abrogés par le décret du 25 janvier 1813.

Voici quels sont les articles qui paraissent régir les ministres du culte :

Art. 6. — « Il y aura recours au Conseil d'Etat dans tous les cas d'abus de la part des supérieurs et autres personnes ecclésiastiques.

Les cas d'abus sont : l'usurpation ou l'excès de pouvoir ; la contravention aux lois et règlements de la République ; l'infraction aux règles consacrées par les canons reçus en France ; l'attentat aux libertés, franchises et coutumes de l'église gallicane, et toute entreprise ou tout procédé qui, dans l'exercice du culte, peut compromettre l'honneur des citoyens, troubler arbitrairement leur conscience, dégénérer entre eux en oppression ou en injures, ou en scandale public. »

Art. 7. — « Il y aura pareillement recours au Conseil d'Etat, s'il est porté atteinte à l'exercice public du culte

1. Merlin. Questions de droit. v^o Abus.

et à la liberté que les lois et règlements garantissent à ses ministres. »

Art. 8. — Le recours compètera à toute personne intéressée. A défaut de plainte particulière, il sera exercé d'office par les préfets.

Le fonctionnaire public, l'ecclésiastique ou la personne qui voudra exercer ce recours, adressera un mémoire détaillé et signé au Conseil d'État, chargé de toutes les affaires concernant les cultes, lequel sera tenu de prendre, dans le plus court délai, tous les renseignements convenables; et sur son rapport, l'affaire sera suivie et définitivement terminée dans la forme administrative, ou renvoyée, selon l'exigence des cas, aux autorités compétentes. »

De cet article 8 on conclut souvent pour les ecclésiastiques à une garantie analogue à celle qui était accordée aux agents du gouvernement. Certains auteurs se refusent à voir dans cette disposition une semblable protection; pour eux l'article 8 précité s'applique au cas unique où le Conseil d'État est déjà saisi par les parties elles-mêmes et ne veut pas dire qu'elles soient obligées de s'adresser à lui préalablement. Le conseil d'État peut donc, à leur avis, terminer l'affaire administrativement si les faits ne paraissent présenter au Conseil que les caractères d'un acte simplement abusif, ou la renvoyer devant l'autorité judiciaire si elle présente les caractères d'un délit ordinaire.

D'autres auteurs pensent, au contraire, que cet article

8 crée pour les ecclésiastiques une immunité analogue à celle qui, avant le décret du 19 septembre 1870, était accordée aux agents du gouvernement ; selon eux, toutes les fois qu'un délit a été commis dans l'exercice du sacerdoce, la poursuite ne peut avoir lieu qu'après autorisation du Conseil d'État.

La jurisprudence a consacré un troisième système ; elle décide qu'aucune autorisation n'est nécessaire pour l'action intentée par le ministère public, mais qu'une autorisation émanée du Conseil d'État doit être obtenue pour la poursuite que voudrait exercer la partie lésée ; telle est la distinction qu'a consacrée la Cour de cassation (1) en rejetant le pourvoi contre un arrêt de la Cour de Poitiers du 5 juillet 1861.

Ceux qui soutiennent la doctrine de l'autorisation préalable, invoquent l'article 8 qui dit que : « l'affaire sera suivie et définitivement terminée dans la forme administrative, ou renvoyée suivant l'exigence des cas aux autorités compétentes. »

« Mais, dit M. Bathie (2), de ce que le Conseil d'État peut renvoyer aux autorités compétentes, lorsqu'il a été saisi par l'initiative des parties, faut-il conclure que les parties soient obligées de le saisir, et qu'elles ne puis-

1. Cassation, 10 août 1861. D. 1861, 1, 318. Sur cette importante question, lire le rapport de M. le conseiller Bresson, qui examine successivement toutes les difficultés d'interprétation que peuvent présenter les articles 6, 7 et 8 de la loi du 18 germinal de l'an X. Dalloz, Jurisp. gén., 1861, page 349.

2. Bathie, Droit public, p. 660.

sent pas, si elles l'aiment mieux, s'adresser à la justice ordinaire ? » Nous ne le pensons pas ; pour pouvoir soutenir que l'action publique ou privée est soumise à une autorisation préalable, il faudrait un texte, et ce texte n'existe pas.

M. Ducrocq (1), examinant la question, pense que la controverse est tranchée par la disposition générale du paragraphe de l'article 1^{er} du décret du 19 septembre 1870.

« On pourrait, dit-il, sans aucun doute, objecter que les ministres du culte ne sont pas des fonctionnaires publics. Mais, d'une part, le mot « tout ordre » semble indiquer que les auteurs du décret n'ont pas pris l'expression de « fonctionnaires publics » dans son sens technique ; et, d'autre part, leur volonté de faire disparaître toute entrave à l'action judiciaire, surtout toutes celles émanant du Conseil d'Etat ne saurait être l'objet d'un doute. »

En droit, le décret de 1870, quelque vastes que soient les termes dont il se sert, ne nous paraît pas avoir abrogé la loi organique de l'an X ; mais en fait, il en est ainsi. Ce décret est conçu dans un esprit qui tend pour tous les cas à laisser libre le recours à l'autorité judiciaire pour la réparation de tous les torts et de toutes les demandes en dommages-intérêts. En présence de ce décret rendu au lendemain de la chute de l'Empire, décret qui a un caractère essentiellement politique et veut, en sup-

1. Ducrocq, Droit administratif, § 592 et § 729.

primant l'article 75 de la constitution de l'an VIII, faire disparaître toutes les immunités dont jouissaient les agents du gouvernement pour faits relatifs à leurs fonctions, il serait bien difficile de soumettre la mise en mouvement de l'action publique ou même privée à l'autorisation préalable du Conseil d'Etat.

Dans un seul cas, tout le monde est d'accord, c'est lorsque le fait délictueux commis par un ecclésiastique a été accompli en dehors des fonctions sacerdotales. Dans cette circonstance, on reconnaît que l'autorisation émanée du Conseil d'Etat n'est nullement nécessaire.

SECTION II

Membres des Chambres.

Les membres de nos Assemblées, députés et sénateurs, jouissent de la garantie parlementaire, qui se traduit par la nécessité de l'autorisation quand il s'agit de poursuivre un représentant de la nation, hors cependant le cas de flagrant délit. Cette prérogative a été établie dans l'intérêt de l'indépendance des Chambres. On n'a pas voulu qu'un soupçon pût planer sur un représentant. L'accusation pourrait d'ailleurs être peu fondée, et le ministère public obéir aveuglément à l'impulsion du gouvernement. Des

poursuites détourneraient le député de son mandat et pourraient jeter sur lui la déconsidération.

De deux choses l'une : ou la poursuite est sincère, dictée par le droit et la justice, ou au contraire elle est le résultat de l'animosité ou du ressentiment. Dans le premier cas, l'autorisation sera accordée et la poursuite pourra être intentée immédiatement ; dans le cas contraire, le refus d'autorisation indique que les imputations alléguées ne sont que des manœuvres de parti et qu'on peut sans inconvénients attendre, pour mettre l'action publique en mouvement, la fin de la session. Nous devons remarquer tout d'abord que l'autorisation émanée des Chambres ne préjuge rien sur la culpabilité du représentant et n'emporte aucune approbation ou désapprobation de la poursuite, suivant que la permission de poursuivre est accordée ou refusée.

A côté des avantages que présente cette autorisation des Chambres, préalable aux poursuites, il y a des inconvénients ; le plus sérieux consiste à conférer un privilège personnel et à porter le député ou le sénateur à se mettre au-dessus du droit commun. De plus, l'esprit de corps entre en jeu et il peut y avoir tendance à refuser les poursuites demandées et justes (1).

Dans la déclaration du 23 juin 1789, l'Assemblée Nationale ne s'était pas occupée de cette question ; ce fut le 26 juin 1790 qu'elle régla par un décret les cas en flagrant délit et d'autorisation de poursuites ; elle décida

1. Jalabert. A son Cours.

qu'en cas de flagrant délit, les députés pourraient être poursuivis conformément aux ordonnances.

En 1793 (art. 44), le mandat d'arrêt ne pouvait être décerné qu'avec l'autorisation de la Chambre.

Sous la Convention plus de garanties, les poursuites seront déclarées sur de simples dénonciations. 7 mois après, le 20 brumaire an II, on accorda aux députés ainsi poursuivis, le droit de se défendre eux-mêmes, mais le 22 brumaire de la même année ce décret fut rapporté. Enfin le 22 prairial an II, sur le rapport de Couthon, la Convention déclara que tous les suspects pourraient être traduits devant le comité de Salut public.

Après la réaction du 9 thermidor an III, les poursuites se multiplièrent contre ceux qui avaient participé aux poursuites révolutionnaires ; la Convention, le 29 brumaire an III, rendit un décret qui renfermait les dispositions les plus minutieuses quand il s'agissait de poursuivre un de ses membres. Le Directoire mit hors la loi quiconque porterait atteinte à un de ses membres.

D'après les chartes de 1814 et de 1830, aucun député ne pouvait être poursuivi sans autorisation, sauf le cas de flagrant délit. La constitution de 1848 reproduisit les dispositions des chartes.

Aujourd'hui cette matière se trouve réglementée dans nos lois constitutionnelles par l'article 14 de la loi du 16 juillet 1875 ainsi conçu : « Aucun membre de l'une ou l'autre Chambre, ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ou arrêté, qu'avec l'autorisation de la

Chambre dont il fait partie, sauf le cas de flagrant délit. La détention d'un membre de l'une ou de l'autre Chambre est suspendue, pendant la session, et pour toute sa durée si la Chambre le requiert. »

Cet article, on le voit, reproduit les dispositions de la plupart de nos anciennes constitutions. Mais il donne lieu pour l'interprétation à quelques difficultés que nous allons tâcher d'élucider.

Tout d'abord, sont membres d'une Chambre, ceux dont l'élection a été proclamée, même avant la vérification ou la validation de l'élection.

En effet, les élus, même avant toute vérification, ont le droit de prendre part aux délibérations et aux votes, il leur est seulement défendu de déposer une proposition de loi.

On est donc membre d'une Chambre tant qu'on n'a pas été invalidé ; on est député ou sénateur sous la condition résolutoire de l'invalidation.

Voici à ce sujet ce qui a été dit dans une consultation délibérée le 20 mars 1847, par MM. Odillon Barrot, Marie et Billault, et revêtue de l'adhésion de MM. Paillet, Crémieux, Jollivet, Dalloz aîné et Créton :

« Aucun membre de la Chambre des députés, porte l'art. 44 de la charte (1), ne peut, pendant la durée de la session, être poursuivi ni arrêté en matière criminelle, sauf le cas de flagrant délit, que quand la Chambre a permis

1. Cet article 44 de la Charte est devenu l'article 14 de la loi du 16 juillet 1875.

sa poursuite. Vainement équivoquerait-on sur ces mots : « *Aucun membre de la Chambre* », et refuserait-on d'en faire l'application aux députés élus, dont les pouvoirs sont à vérifier ; il est évident que, lorsque le député est élu, il est membre de la Chambre, ses pouvoirs sont tout au plus suspendus jusqu'à vérification, mais son titre est dans le fait de son élection, et tant que ce titre n'est pas reconnu vicieux et nul, celui qui a été proclamé député par un collège électoral est membre de la Chambre. — Aussi les députés élus, quoique non vérifiés, sont-ils admis à délibérer et voter comme députés dans toutes les questions qui se rattachent à la vérification des pouvoirs, à participer à l'exercice des droits les plus élevés, les plus extrêmes du pouvoir législatif ; à ordonner des enquêtes dans lesquelles tous les pouvoirs sont mis en présence. — D'ailleurs, la Charte, en ajoutant ces mots : *Pendant la durée de la session* », aurait suffisamment précisé le sens général et absolu qui doit être attaché à la qualification de membre de la Chambre. A un moment donné de la session, et surtout de la première session après une élection générale, aucun des députés réunis n'a de pouvoirs vérifiés, il faudrait donc, si dans ce mot « *membre de la Chambre* » on ne comprenait pas les députés vérifiés comme ceux qui ne le sont pas, en tirer cette conséquence qu'il y aurait un temps de la session pendant lequel le privilège parlementaire n'existerait pas pour la Chambre assemblée ;..... il faut donc admettre que la qualification de membre de la Chambre est ac-

quise au député proclamé, mais non vérifié;..... c'est donc surtout avant la vérification des pouvoirs et dans le moment où la Chambre s'occupe à se constituer définitivement, que le privilège qui la couvre et la protège est surtout nécessaire » (1).

En continuant l'examen du texte de l'article 14, nous rencontrons le mot *poursuivi*, qui indique que ce qui est défendu sans autorisation est un commencement de poursuites et non une continuation de poursuites déjà commencées, c'est une application de la règle : « *Actiones semel inclusæ judicio, salvæ permanent.* »

Quant au mot *arrêté*, il veut dire que si un membre a été condamné avant l'ouverture de la session, il ne pourra être arrêté qu'avec l'autorisation de la Chambre qui considère, dans ce cas, l'arrestation comme plus grave qu'une poursuite.

En cas de poursuites pour responsabilité civile ou dommages-intérêts, l'autorisation préalable n'est pas nécessaire.

Quant à l'autorisation émanée des Chambres, elle doit être expresse, et un député ne peut renoncer ni expressément ni tacitement à la protection que cette autorisation lui donne, car il s'agit non d'intérêt privé, mais d'intérêt d'ordre public.

Enfin une dernière question se présente ; elle est assez délicate. Il existe de très courtes prescriptions en ce qui concerne certaines actions, notamment l'action en diffam-

1. Voir Dalloz, 1847; 1; 90; notes 1; 2.

mation qui se prescrit par trois mois. Le ministère public ne peut mettre l'action publique en mouvement avant d'avoir obtenu l'autorisation des Chambres, et celles-ci ne sont pas forcées de déclarer l'urgence et peuvent même refuser l'autorisation. La prescription est-elle alors suspendue ou interrompue ?

Dans un premier système, on dit : la prescription n'est interrompue que par un acte de poursuite judiciaire, d'où il résulterait que la Chambre pourrait à jamais empêcher toute poursuite.

Dans un second système, on prétend qu'il y a là un acte interruptif, bien que la loi ne le dise pas ; enfin une dernière opinion, qui nous paraît être la bonne, dit qu'à partir du jour où le ministère public a accepté sa demande d'autorisation de poursuites, il y a suspension de la prescription ; on applique le fameux principe : « *Contra non valentem agere, non currit præscriptio* » (2). Cette solution est la seule conforme à l'équité.

Nous sommes arrivé maintenant à la fin de notre travail, dont le but a été, après avoir indiqué à quels fonctionnaires appartient l'exercice de l'action publique, de faire voir qu'en règle générale cette action est mise en mouvement d'office par le ministère public, et nous rappelant le proverbe, qui dit : *L'exception confirme la règle*, nous nous sommes efforcé d'indiquer les cas prévus et limitativement déterminés dans lesquels on contrevient à cette règle.

1. Jalabert, à son cours.

POSITIONS

Droit Romain

Positions prises dans la thèse

1. Le précaire doit son origine aux concessions de terres faites par les patriciens détenteurs de l'*ager publicus* à leurs clients.
2. L'impossibilité d'une *possessio duorum in solidum* n'existe pas vis-à-vis de la chose concédée en précaire.
3. La loi 19 § 2 de *precario*, doit être entendue sans modification autre que la suppression de ces mots : *idest præscriptis verbis*.
4. La *possessio precaria* est *justa* ou *injusta* dès son début, suivant qu'on l'envisage par rapport aux tiers ou par rapport au concédant, et non comme on l'a prétendu à deux époques de sa durée : *justa*, jusqu'au refus de restitution ; *injusta*, à partir de ce refus.
5. Le *precarium* a été admis au nombre des contrats.
6. Une fois le *precarium* admis au nombre des contrats innommés, il faut le ranger parmi les contrats *facio ut facias* et non *do ut des*.

Positions prises en dehors de la thèse

1. Le mariage entre citoyens Romains ne se formait pas *solo consensu* ; la *deductio mulieris in domum mariti* était exigée.
2. Même sous Justinien malgré le texte des Institutes (L. II. T. IV § 1) les servitudes n'ont pu s'établir par pactes et stipulations.

3. La *litiscontestatio* est le dernier acte de la procédure *in jure*.

4. Justinien en étendant le principe de la compensation décide : *ut actiones ipso jure minuat*. (Institutes L. IV. T. VI § 30). Les mots *ipso jure*, ne peuvent être interprétés dans le sens que sous cet empereur la compensation de judiciaire qu'elle était, est devenue légale.

Droit français

Positions prises dans la thèse

1. Les officiers du ministère public près les tribunaux de simple police ne sont pas les substituts du procureur de la République ni même du procureur général.

2. En matière de contributions indirectes, l'action publique appartient à la régie, exclusivement aux officiers du ministère public.

3. En matière de douanes, l'action publique appartient à l'administration concurremment avec le ministère public.

4. En règle générale, la mise en mouvement de l'action publique a lieu d'office par le ministère public.

5. Quand la loi exige pour la mise en mouvement de l'action publique une plainte préalable, cette plainte doit être faite conformément aux articles 31 et 65 du code d'Instruction criminelle.

6. Le décès du mari survenu depuis le dépôt de la plainte n'arrête pas les poursuites.

7. Quand le mariage de la fille enlevée a été annulé, l'action publique a encore besoin d'être provoquée par une dénonciation.

8. Le droit de chasse appartient au propriétaire et non au fermier, en cas de bail muet sur ce point, en conséquence, c'est au propriétaire qu'appartient le droit de porter plainte.

9. L'action publique en matière de banqueroute n'est pas subordonnée à un jugement du tribunal de commerce déclarant préalablement la faillite.

10. La condition de retour en France, à laquelle est soumise

la mise en mouvement de l'action publique, pour punir le Français qui s'est rendu coupable d'un délit en pays étranger, est celle d'un retour volontaire et non accidentel.

Droit civil

1. Le second mari co-tuteur n'est responsable que des faits de tutelle postérieure à son mariage.
2. Le légataire universel qui n'est pas en concours avec un héritier réservataire est tenu *ultra vires successionis*.
3. Le principe que le partage est déclaratif de propriété s'applique aux créances comme aux autres biens.
4. Les prérogatives accordés à l'ascendant donateur par l'art. 747 constituent un droit de succession.
5. La constitution de dot doit être regardée comme un contrat à titre onéreux, par rapport à la femme.
6. La règle de l'art. 2135 qui veut que la femme n'ait d'hypothèque pour le emploi de ses propres aliénés, qu'à partir du jour de l'aliénation doit être appliquée seulement à la femme mariée sous le régime de communauté et non à la femme mariée sous le régime dotal.

Droit Constitutionnel.

1. En matière de lois de finances, sauf la question de priorité, le Sénat a les mêmes pouvoirs que la Chambre des députés.
2. En matière de traités dont parle l'article 8 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875, la règle se trouve énoncée dans le paragraphe premier et l'exception dans le paragraphe second.

Vu par le Président de la Thèse :

ALBERT DESJARDINS.

Vu par le Doyen de la Faculté :

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DU PRÉCAIRE EN DROIT ROMAIN

INTRODUCTION.....	page 1
-------------------	--------

I^{re} PARTIE

Du précaire dans le droit classique.

II^e PARTIE

Origine du précaire.

SECTION PREMIÈRE

	Pages
Chapitre I. Nature du précaire.....	25
— II. Applications du précaire.....	43
— III. Formation du précaire.....	58
— IV. Quelles sont les personnes entre lesquelles peut se former le précaire.....	62
— V. Quels sont les objets sur lesquels peut porter le précaire.....	77
— VI. Modes d'extinction du précaire.....	87

SECTION DEUXIÈME

Du précaire considéré dans ses effets.....	page
Chapitre I. Qui a la possession dans le précaire.....	93
— II. Actions qui naissent du précaire.....	101

APPENDICE

Des précaires au moyen âge.....	115
---------------------------------	-----

DROIT FRANÇAIS

PREMIÈRE PARTIE

De l'exercice de l'action publique et des fonctionnaires à qui elle a été confiée.

Chap. I. Des fonctionnaires auxquels appartient l'exercice de l'action publique	123
Chap. II. Des administrations qui participent à l'exercice de l'action publique	139
1° Administration des contributions indirectes.....	139
2° Administration des douanes.....	165
3° Administration des forêts.....	168
4° Administration des ponts et chaussées.....	172
5° Administration des postes.....	173

DEUXIÈME PARTIE

De la mise en mouvement de l'action publique et des restrictions au droit d'action du ministère public.

Chap. I. De la mise en mouvement de l'action publique due à l'initiative du ministère public.....	177
Chap. II. Cas où la mise en mouvement de l'action publique est subordonnée à la nécessité d'une plainte.....	187
Section I. Exceptions basées sur un intérêt de famille..	196
§ 1. Adultère.....	196
§ 2. Rapt.....	221
Section II. Exceptions introduites dans l'intérêt de l'Etat. — Délit des fournisseurs des armées de terre et de mer	226
Section III. Exceptions introduites dans un intérêt privé.	229
1 ^{er} cas. — Chasse.....	229
2 ^e cas. — Contrefaçon.....	237
3 ^e cas. — Injures et diffamations	240

Chap. III. Cas où la mise en mouvement de l'action publique est subordonnée à la solution d'un procès sur une ques- tion spéciale	247
Section I. Questions d'état	248
Section II. Banqueroute.....	251
Chap. IV. Cas où la mise en mouvement de l'action publique est subordonnée à un retour en France, arrestation ou extradition à l'occasion d'un délit commis en pays étranger.....	255
Chap. V. Cas où la mise en mouvement de l'action publique est subordonnée à une autorisation préalable	262
Section I. Membres du clergé.....	252
Section II. Membres des Chambres.....	267

